Strafbarer Besitz von Diebeswerkzeugen

(§ 245a StGB.)

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Rechtswissenschaftlichen Fakultät

der

Johann Wolfgang Goethe-Universität zu Frankfurt am Main

vorgelegt von

Hans Hubert Ollmert

Saarbrücken.

Verlag Carl Nieft, Bleicherode am Harz

1939

1. Gutachter: Prof. Dr. W. Claß

2. Gutachter: Universitätsrat Ungewitter

Tag der mündlichen Prüfung: 17. Dezember 1938.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Diese Dissertation ist gleichzeitig als Broschüre
im Verlag Carl Nieft, Bleicherode a. H., erschienen.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Literaturverzeichnis 5

Einleitung: 7

1. Zweck der vorliegenden Bearbeitung.

2. Die kriminalpolitischen Erwägungen, die für den Erlaß des § 245 a maßgebend waren.

3. Kurze vergleichende Darstellung.

Hauptteil: Dogmatische Bearbeitung. 11

A. Begriff des Diebeswerkzeuges. 11

I. Allgemeines: Die als Diebeswerkzeuge in Betracht kommenden Gegenstände. Die verschiedenen Möglichkeiten der Auslegung.

II. Die besonderen Merkmale: Wann ist im Einzelfall ein Gegenstand Diebeswerkzeug im Sinne des § 245 a?

1. Nur wenn er sich objektiv zur Verwendung bei Diebstahl oder Raub eignet.

2. Wenn er nach dem Willen der als Dieb in Betracht kommenden Person subjektiv dazu bestimmt ist, bei Diebstählen oder Räubereien verwendet zu werden.

3. Die vom Gesetz für die Zweckbestimmtheit angestellten Vermutungen.
a) Die Vermutung in § 245 a Abs. I.
b) Die Vermutung in § 245 a Abs. II.

B. Die vier Tatbestände des § 245 a. 20

I. Die Tatbestände des § 245 a Abs. I.

1. Der Täterkreis.

2. Die Tatbestandshandlungen.
a) Die Innehabung von Diebeswerkzeug.
b) Das Verwahrenlassen.

3. Die Schuld.

Seite

II. Die Tatbestände des § 245 a Abs. II.

1. Der Täterkreis.

2. Die Tatbestandshandlungen.
a) Die Inverwahrungnahme.
b) Die Überlassung.

3. Die Schuld.

4. Der subsidiäre Charakter des § 245 a Abs. II.

C. Die Konkurrenzfrage. 33

I. Die Tatbestände des § 245 a als Dauervergehen.

II. Das Verhältnis der Vergehen des § 245 a zu den Delikten des Diebstahls oder Raubes. — Die Tatbestände des § 245 a als Vorbereitungshandlungen.

III. Beseitigt der Rücktritt vom versuchten Diebstahl oder Raub die Strafbarkeit des Vorbereitungstatbestandes des § 245 a?

D. Die Tatbestände des § 245 a als Delikte mit notwendiger Teilnahme. 40

Inwieweit ist die Mitwirkung unter dem Gesichtspunkt „notwendiger Teilnahme“ straflos? Die Lehre der notwendigen Teilnahme und die sich hieraus ergebenden Folgerungen für die Beurteilung des Beteiligungsverhaltens der bei den im § 245 a bedrohten Handlungen Mitwirkenden.

E. Die Nebenfolge der Einziehung. 46

Schluß: 50

1. Kritische Würdigung des § 245 a. 50

2. Gesetzesvorschlag. 53

Literaturverzeichnis.

Allfeld-Meyer: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. 8. Auflage. Leipzig-Erlangen, 1922.

v. Bar: Gesetz und Schuld im Strafrecht. Band II, Berlin 1907.

Beling: Die Lehre vom Verbrechen. Tübingen 1906.

Bergen: Der Begriff des Mehrheitsdeliktes und seine Bedeutung für die Teilnahmelehre. Strafrechtliche Abhandlung Heft 279, 1931.

Berner: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. 18. Auflage 1898.

Binding: Handbuch des Strafrechts. I. Band, in Bindings System Hdb. VII. Abt., I. Teil. Leipzig 1885.

Blesse: Grenzen und Formen der notwendigen Teilnahme. Diss. Marburg 1928.

Brandes: Wann sind Teilnahmehandlungen straflos? Göttinger Diss. 1909.

Bruns: Die Bestrafung aus dem mildesten Gesetz bei wahldeutiger Wahlfeststellung. In Deutsches Strafrecht. 1936, Seite 277 ff

Coenders: In J. W. 1924, Seite 1525, zu 5.

Dalke: In Goldt Arch. 37, Seite 342 ff.

Frank: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 18.. Aufl. Tübingen 1931.

— Nachtrag — Die Strafgesetzgebung der Jahre 1931—1935. Tübingen 1936.

Freudenthal: Die notwendige Teilnahme am Verbrechen. Strafrechtliche Abhandlung 37, Breslau 1900.

Gerland: Deutsches Reichsstrafrecht. Berlin-Leipzig 1922.

Gürtner: Das kommende deutsche Strafrecht. Allgemeiner Teil. Bericht über die Arbeit der amtlichen Strafrechtskommission. Berlin 1935.

Harburger: Diebstahl und Unterschlagung. Vgl. Darstellung. Besond. Teil, Bd. IV, Seite 183 ff.

Honig: Straflose Vor- und Nachtat. Leipzig 1927.

Höpfner: Einheit und Mehrheit der Verbrechen. Berlin 1901.

Herzog: Zur Lehre von der Anstiftung und der Beihilfe. Ger. S. 34, 81 ff.

Klatte: Die Wahlfeststellung. Diss. Frankfurt. 1936.

Kohlrausch: Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 33. Aufl., Berlin und Leipzig.

Köhler: Die Grenzlinien zwischen Idealkonkurrenz und Gesetzeskonkurrenz. München 1900.

v. Kries: Ein Beitrag zu der Lehre von der Teilnahme. In ZStW. 7, 521 ff.

v. Liszt-Schmidt: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. 25. Aufl., Berlin-Leipzig 1927.

Lobe: Leipziger Kommentar zum StGB. 4. Aufl., Berlin-Leipzig 1929.

— Nachtrag zu Bd. I. Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Maßregeln der Sicherung und Besserung vom 24. 11. 1933. Berlin-Leipzig 1934.

M. E. Mayer: Der Allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts. Heidelberg 1915.

Meisch: § 245 a. Diss. Jena 1935.

Mezger: In J. W. 1935, S. 1096, zu 16.

v. Olshausen: Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 11. Aufl. Berlin 1927. — Ergänzungsband zum Kommentar für das Deutsche Reich (Niethammer), Berlin 1936.

Leop. Schäfer-Wagner-Schafheutle: Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Maßregeln der Sicherung und Besserung. 1934.

L. Schäfer-Richter-Schafheutle: Die Strafgesetznovellen von 1933 und 1934. Berlin.

R. Schmidt: Grundriß des Deutschen Strafrechts. Leipzig 1925.

Schütze: Die notwendige Teilnahme am Verbrechen. Leipzig 1869.

Schwabe: Über die Grenzen der Einziehung nach § 295 StGB. Goldt. Arch. 60., Seite 395.

Schwarz: Strafgesetzbuch. Berlin-München 1936.

Earl of Halsbury: The Laws of England. Volume IX. London 1909.

Thomsen: Das Deutsche Strafrecht. Allgemeiner Teil. Berlin 1906.

Weimar: Einziehung von Diebeswerkzeugen gemäß § 245 a StGB. In Jur. Rundschau 1934. Seite 119.

Zander: Das Portugiesische Strafrecht. Deutsche Übersetzung. Berlin 1903.

Ziemke: Das Türkische Strafgesetzbuch, Deutsche Übersetzung. Berlin 1926.

Einleitung.

1. Zweck der vorliegenden Bearbeitung.

Zweck der vorliegenden Bearbeitung soll sein, die durch Reichs-Gesetz vom 24. November 1933[1]) neu geschaffene Bestimmung des § 245a, die unter gewissen Voraussetzungen den Besitz und die Überlassung von Diebeswerkzeug unter Strafe stellt, einer eingehenden dogmatischen Untersuchung zu unterziehen.

Die Untersuchungen werden ergeben, daß jedenfalls die Fassung des Gesetzes (die „Gesetzestechnik") „keine glückliche" ist.[2]) Es soll daher im Schlußteil der vorliegenden Abhandlung die Vorschrift des § 245a auch de lege ferenda betrachtet und der Versuch unternommen werden, zu einem Gesetzesvorschlag zu gelangen, der sich von den Schwächen des § 245a freihält.

2. Die kriminalpolitischen Erwägungen, die für den Erlaß des § 245a maßgebend waren.

An dieser Stelle sei noch kurz auf die kriminalpolitischen Erwägungen eingegangen, die für den Erlaß des § 245a maßgebend waren, sowie eine kurze vergleichende Darstellung des ausländischen Rechts gegeben.

Der § 245a enthält vier Einzeltatbestände. Sie alle stellen Handlungen unter Strafe, gegen die bislang strafrechtlich darum nicht eingeschritten werden konnte, weil sie sich lediglich als

[1]) Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Maßregeln der Sicherung und Besserung.

[2]) vgl. Mezger in JW. 1935, S. 1096.

vorbereitende Tätigkeit von Dieben oder deren Helfershelfern darstellen. Der bloße Besitz von Diebeswerkzeugen enthält aber noch nicht einmal einen Anfang der Ausführung des geplanten Diebstahls. Es bestand daher bis zu dem Inkrafttreten der neuen Bestimmung keine Möglichkeit, gegen die, die im Besitz von Einbruchswerkzeugen betroffen wurden, mit den Mitteln des Strafrechts vorzugehen. Gegen die Inhaber von Diebeswerkzeugen konnte selbst nicht einmal dann eingeschritten werden, wenn es sich bei ihnen um oftmals vorbestrafte, berufsmäßige Eigentumsverbrecher handelte. Man mußte vielmehr auch in solchen Fällen noch warten, bis dem Betreffenden ein neuer Diebstahl nachgewiesen werden konnte. Es sei hier an den Fall der Gebrüder Saß erinnert, von denen vor einigen Jahren in den Zeitungen soviel die Rede war. Obschon die mehrfach Vorbestraften mit allen modernen Einbruchswerkzeugen ausgerüstet ertappt wurden, bestand keine Möglichkeit, sie unschädlich zu machen.

Hier greift nun § 245 a ein; denn er gibt die Möglichkeit, den Einbrecher in gewissen Fällen schon im vorbereitenden Stadium seiner verbrecherischen Tätigkeit zu fassen und stellt bereits den Besitz von Diebeswerkzeugen unter gewissen Voraussetzungen unter Strafe.

Das geschützte Rechtsgut ist nicht ganz allgemein nur die öffentliche Sicherheit, sondern, wie in den Vorschriften über Diebstahl überhaupt, das Eigentum und der Gewahrsam. Der § 245 a dient nicht nur generell der Vorbeugung gegenüber künftigen Verbrechen, sondern speziell der Erschwerung diebischer Tätigkeit; denn das allen Tatbeständen des § 245 a gemeinsame Objekt der strafbaren Handlung ist das Diebeswerkzeug und nicht etwa jedes Verbrecherwerkzeug.

Der Zweck des § 245 a ist also Verstärkung des in den §§ 242 ff gewährten Rechtsgutsschutzes, der dadurch erreicht werden soll, daß verhindert wird, daß Diebeswerkzeuge in der Hand von Dieben ist oder in ihre Hand kommt.[3]) In allen Tatbeständen des § 245 a handelt es sich um selbstständig mit Strafe

[3]) vgl. Leopold Schäfer, S. 87.

bedrohte Vorbereitungshandlungen zu bestimmten oder noch unbestimmten Diebstählen (im weitesten Sinne).[4])

Eine dem § 245 a entsprechende Vorschrift hat es vorher im deutschen Strafrecht noch nicht gegeben. Auch die verschiedenen Entwürfe zu einem neuen Strafgesetzbuch in der Zeit vor 1933 wiesen keine ähnliche Strafvorschrift auf. Zwar hatte Heindl[5]) angeregt, den bloßen Besitz von Einbruchswerkzeugen unter gewissen Voraussetzungen unter Strafe zu stellen, jedoch wurde dieser Gedanke erst vom nationalsozialistischen Gesetzgeber aufgegriffen und in Kürze durch die Schaffung des § 245 a verwirklicht.

3. Kurze vergleichende Darstellung.

Im folgenden soll noch ein Blick auf das hier in Frage kommende geltende ausländische Strafrecht geworfen werden.

Hier finden wir vor allem im „Englischen Recht[6])[7]) eine spezielle Bestimmung", die dem § 245 a ziemlich ähnlich ist. Danach ist strafbar, wer nachts im Besitz von Einbruchswerkzeugen angetroffen wird, es sei denn, daß er das Werkzeug zu erlaubten Zwecken benutzen will. Diese Bestimmung ist, verglichen mit dem § 245 a, teils weiter, teils enger. Weiter hinsichtlich des Täterkreises (jeder wird bestraft), enger insofern, als nur der zur Nachtzeit angetroffene Täter bestraft wird.

Auch das Italienische Recht enthält eine Vorschrift, die an den § 245 a erinnert. Wir denken hierbei an den Artikel 707 des Codice penale von 1930, wonach unter gewissen Voraussetzungen der Besitzer von falschen oder nachgemachten Schlüsseln oder von Werkzeugen zum Öffnen oder Erbrechen von Schlössern bestraft wird, wenn die etwa getroffene Bestimmung dieser Werkzeuge zu erlaubten Zwecken nicht nachweisbar ist.

---

[4]) vgl. hierzu S. 13 der Ausführungen.

[5]) vgl. Arch. f. Kriminologie, Band 73, S. 289, sowie Band 91, S. 69 (1921!).

[6]) Earl of Halsbury. IX. Criminal law and Procedure Part XIII s. 1, ss. 8 p. 674 (zitiert bei Meisch, S. 9).

[7]) desgl. Liszt § 9, S. 671.

Eine ähnliche Bestimmung enthält auch das Portugiesische Strafrecht.[8])[9]) Auch hier ist nur der Besitz von Dietrichen und anderen Werkzeugen zum Öffnen von irgendwelchen Verschlüssen unter Strafe gestellt.

Dagegen weist das Polnische Recht im Artikel 62 § 2 eine Vorschrift auf, die dem § 245 a in mehrfacher Hinsicht entspricht; denn danach wird jeder bestraft, der Diebeswerkzeuge herstellt, besitzt, erwirbt, oder anderen überläßt.[10]) Der Täterkreis ist zwar hier sehr weit, im übrigen aber ist die Ähnlichkeit mit § 245 a unverkennbar.

In den Strafgesetzbüchern der sonstigen europäischen Länder ist eine den Grundgedanken des § 245 a enthaltende Vorschrift nicht vorhanden.

---

[8]) Harburger VDB. VI, S. 271 ff.

[9]) Ähnl. auch § 578 des türkischen Strafgesetzbuches von 1926 mit dem Unterschied, daß der Besitzer nur dann bestraft wird, wenn er wegen Bettelei, Diebstahl, Betrug, Raub oder Hehlerei vorbestraft ist. § 582: Bestraft wird der Schmied, Schlosser oder sonstige Handwerker, der „dem ersten Besten" Dietriche verkauft oder anvertraut.

[10]) wiedergegeben bei Meisch, S. 11.

Hauptteil:
Dogmatische Bearbeitung.

A. Der Begriff der Diebeswerkzeuge.

Als Diebeswerkzeuge kommen selbstverständlich nur solche Gegenstände in Betracht, die ihrer objektiven Beschaffenheit nach geeignet sind, als Hilfsmittel bei der Begehung von Diebstählen zu dienen. Welche Gegenstände dies sind, lehrt die kriminalistische Erfahrung, die vor allem im Kampfe gegen das Berufsverbrechertum gewonnen wird. Damit ist jedoch der Begriff des Diebeswerkzeuges noch nicht genügend bestimmt; denn die meisten Werkzeuge, die von Dieben verwendet werden, dienen normalerweise ehrlichen und erlaubten Zwecken. Wäre jedes zur Begehung von Diebstählen geeignete Werkzeug Diebeswerkzeug, so besäßen wohl die meisten Handwerker Musterkollektionen hiervon. Es kann also nicht allein auf die Eignung ankommen.

Ein zu Diebstählen geeignetes Werkzeug wird vielmehr erst dadurch zum Diebeswerkzeug, wenn es als H i l f s m i t t e l bei der Begehung von Diebstählen d i e n e n soll beziehungsweise dient. Erst diese Z w e c k b e s t i m m t h e i t macht ein Werkzeug zu Diebeswerkzeug.

Wer diese Verwendungsbestimmung trifft, ist nicht von Bedeutung. Es kann dies der Täter (des § 245 a), aber auch irgend ein Dritter sein, der als Benutzer in Frage kommt.[11]) Dafür, daß die Zwekbestimmtheit zum Begriff des Diebeswerkzeug ge-

[11]) s. RG. 69, 80.

hört,[12]) spricht schon der Ausdruck Diebeswerkzeug, der auf eine menschliche Handlung und damit auf einen menschlichen Willen hindeutet;[13]) weiterhin der Schlußsatz des § 245 a, Abs. I, der die Strafbarkeit davon abhängig macht, daß: „sich nicht aus den Umständen ergibt, daß das Werkzeug nicht zur Verwendung bei strafbaren Handlungen bestimmt ist", besonders aber Abs. II, der voraussetzt, daß der Täter weiß, oder den Umständen nach annehmen muß, daß das Werkzeug zur Verwendung bei strafbaren Handlungen bestimmt ist, dessen Anwendung also zunächst bedingt, daß die Verwendungsbestimmung gegeben ist. Es ergibt sich somit folgende Begriffsbestimmung: Diebeswerkzeug ist jeder Gegenstand, der zur Begehung von Diebstählen geeinet und bestimmt ist.[14]) Diese Begriffsbestimmung bedarf in verschiedener Hinsicht noch näherer Erläuterung.

Unter den Begriff „Diebeswerkzeug" fallen nur bewegliche Sachen. Die Worte „zur Verwendung bei" besagen, daß der Täter das Werkzeug bei sich tragen oder mit sich führen können muß, um es „bei" Begehung von strafbaren Handlungen verwenden zu können. „Mit sich führen" kann man aber nur bewegliche Sachen. Unbewegliche Sachen, wie zum Beispiel einen Keller, der dazu bestimmt ist, Diebeswerkzeug zu bergen, kommen deshalb als Diebeswerkzeug nicht in Betracht.[15])

Auch fallen die reinen Übungswerkzeuge nicht unter den Begriff Diebeswerkzeuge (zum Beispiel mit Glöckchen versehene Holzpuppen zum Erlernen der nötigen Diebesgriffe)[16]); denn sie

---

[12]) so die herrschende Meinung. RG. 68, 324, RG. 69, 80, L. Schäfer a. a. O. S. 92, Olshausen, Nachtr. zu § 245 a, S. 217, Frank, Nachtr. § 245 a Anm. 1, Mezger in JW. 1935, S. 1096, Leipzig. Komm. Nachtr. S. 22, Kohlrausch, § 245 a, N. 1. Lediglich Schwarz, § 245 a, Anm. 1, läßt zum Begriff des Diebeswerkzeuges genügen, wenn der Gegenstand schon wegen seiner bloßen Eignung die Vorbereitung oder Durchführung oder Sicherung des Diebstahls oder Raubes ermöglicht.

[13]) vgl. Mezger, JW. 1935, I, S. 1096.

[14]) so auch Kohlrausch, a. a. O. N. 1.

[15]) Zutreffend ist das Argument bei Meisch, a. a. O. S. 15, der auf § 245 a Abs. III verweist, wonach z. B. ein Keller, der zur Aufbewahrung von Diebeswerkzeug dient, hiermit also zum Diebeswerkzeug würde, eingezogen werden müßte. Eine unmögliche Folge.

[16]) Beispiel bei L. Schäfer, S. 89, N. 5.

sind nicht zur Verwendung bei Diebstählen bestimmt;[17]) derartige Gegenstände dienen vielmehr ausschließlich der Vorbereitung von Diebstählen, sind aber nicht Hilfsmittel zur Begehung von strafbaren Handlungen.[18]) Im übrigen ist aber der Begriff weit auszulegen.

Zu welcher Art von Diebstählen das Werkzeug dienen soll, ist belanglos, das heißt, es begründet keinen Unterschied, ob es zur Begehung von einfachem oder schwerem Diebstahl oder Raub bestimmt ist. Es ist also auch das Werkzeug des Räubers, zum Beispiel seine Schußwaffe, Diebeswerkzeug.[19])

Ferner kommt es nicht darauf an, ob der Gegenstand nur zu einzelnen schon bestimmten Diebstählen, oder ob er ganz allgemein zu an sich noch unbestimmten im einzelnen noch nicht geplanten Diebstählen verwendet werden soll.[20])

Zu den Diebeswerkzeugen zählen auch die Gegenstände, die dazu bestimmt sind, entgegenstehenden menschlichen Widerstand zu brechen, zum Beispiel Tränengas, Chloroform, aber auch die Waffe.

Die Diebeswerkzeuge lassen sich am besten in zwei Gruppen einteilen:

Zur ersten Gruppe gehören die typischen Diebeswerkzeuge, die ausschließlch oder vornehmlich zur Verwendung bei Dieb-

---

[17]) so auch Kohlrausch, a. a. O. § 245 a N. 1, anderer Ansicht sind L. Schäfer, S. 89. N. 5 und Olshausen, a. a. O. 216, N. 2. — Auch das RG. verlangt, daß ein Gegenstand, um Diebeswerkzeug zu sein, als Hilfsmittel bei der diebischen Wegnahme benutzt werden muß. 69, 91.

[18]) Um die „Lehrer" und „Schüler" von Diebesschulen (die zum mindest die gleiche Gefährlichkeit an den Tag legen wie die Besitzer von Diebeswerkzeugen) unschädlich machen zu können, bedarf es m. E. des Erlasses eines Spezialgesetzes, da diese Tätigkeit nach den obigen Ausführungen nicht von § 245 a erfaßt wird. Gegen den Erlaß eines derartigen Gesetzes spricht jedoch das mangelnde praktische Bedürfnis, da Diebesschulen in Deutschland so gut wie garnicht vorkommen.

[19]) unbestritten! s. L. Schäfer, S. 89, desgl. Frank, Nachtr. S. 76, II, 3, der aber auch noch die Unterschlagung hierzu zählt. M. E. zu Unrecht. Es gibt keine „Unterschlagungswerkzeuge", oder Diebeswerkzeuge, die der Unterschlagung dienen. Wenn irgendwo mit Werkzeugen an fremden Sachen gearbeitet wird, kommt ein anderes Delikt als Unterschlagung in Frage. So fehlt auch jedes Beispiel bei Frank. Wenn aber z. B. der X., der die Kassette des Y. in Besitz hat, diese mit einem Werkzeug erbricht, um sich den Inhalt anzueignen, so begeht er an dem Inhalt einen Diebstahl.

[20]) vgl. RG.. 69, 80.

stählen angefertigt worden sind,[21]) oder diese Zweckbestimmung durch spätere Zurichtung erhalten haben, die somit ohne Mühe als Diebeswerkzeug erkennbar sind. Diese typischen Diebeswerkzeuge, die keinen anderen Zweck haben können, als Hilfsmittel zu Diebereien zu sein, sind jedoch außerordentlich selten. Hierher gehören zum Beispiel Holzstäbchen, die an einem Ende mit Klebstoff versehen sind, um damit Münzen aus Opferstöcken zu entwenden, ferner speziell hergerichtete Rasierklingen zum Aufschlitzen von Kleidungsstücken und die Ausrüstungen der Berufsdiebe, die durch die Art ihrer Zusammensetzung die diebische Zweckbestimmung nicht verleugnen können.

Zur zweiten Gruppe zählen die sogenannten „neutralen"[22]) Werkzeuge, die erkennbar erst durch die Bestimmung der als Benutzer in Betracht kommenden Person zum Diebeswerkzeug werden. Dies ist bei allen Werkzeugen des täglichen Lebens wie: Hammer, Zange, Säge, Bohrer, Schraubenzieher, Feile, Messer, Leiter, Seil, Gesichtsmaske, Taschentuch (Knebel), usw., aber auch bei den Spezialwerkzeugen der Handwerker, zum Beispiel Blech- und Drahtscheren, Stemm- und Spitzeisen, Drillbohrern, Schweißapparaten, Autohebern und vielen anderen der Fall, ohne daß eine vollständige Aufzählung gegeben werden kann.

Die bisherigen Ausführungen haben ergeben, daß zu dem Begriff des Diebeswerkzeuges nicht nur gehört, daß der Gegenstand zur Begehung von Diebstählen geeignet, sondern vor allem auch, daß er hierzu bestimmt ist. Damit ist die Zweckbestimmtheit in den Begriff des „Diebeswerkzeuges" aufgenommen und zum Tatbestandsmerkmal erhoben. Eine Verurteilung wegen eines Vergehens nach § 245a hätte sonach zur Voraussetzung, daß das Vorhandensein der Zweckbestimmtheit im Zeitpunkt der Tatbestandsverwirklichung feststeht, und daß weiterhin festgestellt ist, daß der Täter um die Zweckbestimmtheit wußte. Es bedarf keiner näheren Darlegung, daß der Nachweis der Zweckbestimmtheit häufig nur schwer voll erbracht werden kann; denn Werkzeuge, die ihrer Natur und Beschaffenheit nach

[21]) vgl. RG. 68, 324.
[22]) vgl. L. Schäfer, a. a. O. N. 14.

erfahrungsgemäß nur zur Begehung von Diebstählen bestimmt sind und bestimmt sein können, kommen — wie oben bereits bemerkt — in Wirklichkeit höchst selten vor.[23]) Vielmehr sind die meisten zur Verwendung bei Diebstählen an sich geeigneten Werkzeuge so beschaffen, daß man ihnen allein nicht ansehen kann, ob sie zu diebischen Zwecken verwendet werden sollen. Man denke an alle sogenannten „Neutralen" Werkzeuge,[24]) die oben unter Gruppe zwei genannt sind, und man wird ermessen können, wie außerordentlich schwierig sich im Einzelfalle der Nachweis gestalten kann, daß derartige, in aller Regel doch erlaubten und ehrlichen Zwecken dienende Werkzeuge zur Verwendung bei Diebstählen bestimmt waren, selbst dann, wenn sie in der Hand eines wegen Diebstahls oder Raubes (vergleiche Absatz I des § 245 a) Vorbestraften vorgefunden wurden.

Hieraus erklärt es sich, daß das Gesetz es nicht hat dabei bewenden lassen, die Zweckbestimmung zur Voraussetzung der Strafbarkeit zu machen, sondern für das Gegebensein dieses gesetzlichen Tatbestandsmerkmales gewisse Vermutungen aufgestellt hat.

a) Die Vermutung in § 245 a Abs. I.

Was zunächst die beiden Tatbestände des § 245 a Abs. I betrifft, deren Verwirklichung eine einschlägige Vorstrafe des Täters voraussetzt, so soll die Bestrafung dadurch bedingt sein, daß „sich nicht aus den Umständen ergibt, daß das Werkzeug nicht zur Verwendung bei strafbaren Handlungen bestimmt ist."

Die Frage, wie dieser Bedingungssatz auszulegen ist, ist strittig.

Aus seinem Wortlaut läßt sich mit Sicherheit nur soviel entnehmen, daß der objektive Tatbestand der beiden Vergehen nach Absatz I entfällt, wenn sich aus den Umständen positiv ergibt, daß dem Werkzeug die strafbare Zweckbestimmung fehlt. Bleibt es auch nach erfolgter Prüfung aller in Betracht kommenden Umstände noch zweifelhaft, ob das Werkzeug nicht

---

[23]) so auch L. Schäfer, a. a. O. 91, N. 13.
[24]) so nennt sie L. Schäfer, a. a. O. S. 92.

doch strafbaren Zwecken dienen sollte, so soll dieser Zweifel — entgegen dem strafprozeßualen Grundsatz „in dubio pro reo" — nicht zum Freispruch des Angeklagten führen. Der Schlußsatz in § 245a Abs. I enthält also eine Beweisregel des Inhalts, daß im Zweifel contra reum anzunehmen ist, daß Werkzeuge, die zur Begehung eines Diebstahls oder Raubes erfahrungsgemäß geeignet sind, „zur Verwendung bei strafbaren Handlungen bestimmt" waren.

Hieraus folgt indessen noch nicht, daß der eines Vergehens nach § 245a Abs. I Beschuldigte auch dann verurteilt werden kann und muß, wenn er bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen weder gewußt noch in Kauf genommen hat, daß das Werkzeug diebischen Zwecken dienen sollte; denn auch in § 245a Abs. I steht nur die vorsätzliche Tatbegehung unter Strafe. Da zum Vorsatz die Kenntnis sämtlicher (zum gesetzlichen Tatbestand erforderlichen) Tatumstände gehört, so muß der Täter, um eines Vergehens nach § 245 a Abs. I schuldig zu sein, gewußt haben, daß er Diebes-Werkzeug in Besitz oder Gewahrsam hat. Das Bewußtsein, „Diebeswerkzeug" in Besitz zu haben, hat aber nur der, der weiß, daß die betreffenden Gegenstände von irgendjemanden dazu bestimmt sind, bei irgendwelchen, sei es für im einzelnen schon bestimmte oder noch unbestimmte Diebstähle, als Hilfsmittel verwendet zu werden. Hat der Täter diese Beziehung des fraglichen Gegenstandes zu Diebstählen weder gekannt, noch bewußt in Kauf genommen, so befand er sich in Unkenntnis des „zum gesetzlichen Tatbestand gehörenden Tatumstandes" (§ 59) Diebes-Werkzeug, sodaß der zu den Vergehen nach § 245a Abs. I erforderliche Vorsatz gemäß § 59 ausgeschlossen ist.

Die voranstehenden Ausführungen waren notwendig, weil das Reichsgericht[25]) und Leopold Schäfer[26]) die unseres Erachtens theoretisch und praktisch unhaltbare Ansicht vertreten, daß „die Zweckbestimmtheit des Werkzeuges vom Vorsatz des Täters des Vergehens des Abs. I nicht mit umfaßt zu sein

[25]) vgl. RG. in JW. 1935, S. 1093 (69, 80).
[26]) s. L. Schäfer, a. a. O. S. 99 ff.

braucht." Danach würde die Kenntnis der objektiven Eignung des Gegenstandes zur Begehung von Diebstählen zur Erfüllung des subjektiven Tatbestandes genügen.

Beispiel:

Der entsprechend § 245a Abs. I vorbestrafte A. besitzt eine Anzahl Handwerkszeug; das Gericht kann nicht mit Sicherheit feststellen, ob diese Werkzeuge lediglich zu harmlosen Zwecken bestimmt sind. Danach wäre A. schon strafbar, da er weiß, daß sich Handwerkszeug zur Begehung von Diebstählen eignet.

Es leuchtet wohl ohne weiteres ein, daß dieses Ergebnis in Widerspruch zu der auch vom Reichsgericht und L. Schäfer vertretenen allein möglichen Ansicht steht, daß die Zweckbestimmtheit zum Begriff des Diebeswerkzeuges gehört; denn der Vorsatz muß sich grundsätzlich auf alle Tatbestandsmerkmale erstrecken, also auch auf das Tatbestandsmerkmal Diebes-Werkzeug. Daraus folgt aber, wie bereits oben ausgeführt, daß der Täter, um eines vorsätzlichen Vergehens nach § 245a Abs. I schuldig zu sein, zum mindest in Kauf genommen haben muß, daß der Gegenstand irgendwie bei der Begehung von Diebstahl oder Raub als Hilfsmittel Verwendung finden sollte, das heißt, daß der Täter „die Bedeutung" des Werkzeuges als Diebeswerkzeug[27]) gekannt oder doch wenigstens damit gerechnet hat.

Damit gelangen wir mit Kohlrausch[28]) zu dem Ergebnis, daß der Schlußsatz in § 245a Abs. I die Bedeutung einer Beweisregel hat, die nur den äußeren Tatbestand betrifft, und daß er nicht etwa mit Schäfer und dem Reichsgericht im Sinne einer negativen Bedingung der Strafbarkeit aufgefaßt werden darf mit der unbilligen Folgerung, daß sich der Vorsatz des Täters nicht auf die Zweckbestimmtheit erstrecken braucht.

Die Fassung des Gesetzes: „... wird bestraft, sofern sich nicht ergibt", spricht allerdings dafür, daß die Strafbarkeit nur dann entfallen soll, wenn objektiv feststeht, daß der zu Diebstählen

---

[27]) Mezger in JW. 1935, S. 1096.
[28]) Kohlrausch, § 245a, Anm. 3.

geeignete Gegenstand kein Diebeswerkzeug ist, daß es sich also im Schlußsatz des § 245a Abs. I um eine negative Bedingung der Strafbarkeit handelt.[29]) Daß diese Auslegung trotzdem nicht richtig ist, folgt meines Erachtens bereits zwingend daraus, daß der Begriff Diebes-Werkzeug als Tatbestandsmerkmal verwendet wird, sodaß, wie Mezger[30]) zutreffend sagt: „die Beziehung des fraglichen Gegenstandes zu Diebstählen überhaupt irgendwie im Vorsatz zum Ausdruck kommen muß." Hinzu kommt, daß die vom Reichsgericht und L. Schäfer vertretene Ansicht sehr leicht zu praktisch unhaltbaren Ergebnissen führen kann. Betrachten wir einmal folgendes Beispiel:

Der Handwerker A. gibt verschiedene Werkzeuge, die er demnächst bei einem von ihm geplanten Einbruch zu verwenden gedachte, dem einmal wegen Raubes vorbestraften B. in Verwahrung. B. müßte also, da er Diebeswerkzeug im Besitz oder Gewahrsam hat, jedenfalls bestraft werden und zwar selbst dann, wenn positiv feststünde, daß B. keine Ahnung davon gehabt hat (und da es sich bei A. um einen bisher unbestraften Handwerker handelt), auch garnicht wissen konnte, daß das Werkzeug zur Verwendung bei einem Einbruch bestimmt war. In diesem Falle würde B. also bestraft, weil er Handwerkszeug für einen Handwerker aufbewahrt. Es ist aber klar, daß B. unter diesen Umständen nicht strafwürdig ist; man müßte denn soweit gehen, daß man dem B. zum Vorwurf macht, Handwerkszeug, das sich zur Begehung von Diebstählen eignet (und das ist wohl jedes Werkzeug), in Besitz genommen zu haben. Danach läuft der Standpunkt des Reichsgerichts und seiner Anhänger zu § 245a Abs. I letzten Endes darauf hinaus, dem wegen schweren Diebstahls usw. auch nur einmal Vorbestraften den Besitz von Handwerkszeug ganz allgemein zu verbieten. Das aber kann unmöglich Wille des Gesetzgebers gewesen sein.

---

[29]) Das RG. weist in diesem Zusammenhang auf die Ähnlichkeit mit § 186 hin. Damit ist uns jedoch wenig gedient, da wir die Unerweislichkeit der verbreiteten Tatsache gleichfalls nicht als bloße Bedingung der Strafbarkeit anerkennen können. Die herrschende Lehre nimmt zwar, dem RG. folgend, auch hier Bedingung der Strafbarkeit an, hat sich jedoch längst nicht bei allen mit dieser m. E. verfehlten Ansicht durchsetzen können.

[30]) a. a. O.

Somit bewendet es bei dem Ergebnis, daß zum inneren Tatbestand des § 245a Abs. I das Bewußtsein des Täters gehört, daß er mittel- oder unmittelbar Diebeswerkzeug in Verwahrung hat, die Strafbarkeit des Täters also voraussetzt, daß er weiß, oder bewußt in Kauf nimmt, daß das Werkzeug zu Diebstählen nicht nur geeignet, sondern auch bestimmt ist.[31])

Eine andere Frage ist es, ob für die Kenntnis des Täters von der Geeignetheit und der verbrecherischen Bestimmung des Werkzeuges regelmäßig eine — wenn auch widerlegbare — Vermutung spricht.

Dies betrifft jedoch, wie Kohlrausch[32]) ebenso kurz wie treffend bemerkt, „nicht die (uns hier allein interessierende) strafrechtliche Frage der Schuld-Konstruktion, sondern die prozessuale Frage der Beweiswürdigung und der Schuld-Feststellung."

b) Die Vermutung in § 245a Abs. II.

Was die in Abs. II des § 245a geregelten Tatbestände betrifft, so hat hier der Gesetzgeber eine Vermutung für das Wissen des Täters um die Zweckbestimmtheit aufgestellt, also eine Vermutung für den inneren Tatbestand: für die Feststellung des Vorsatzes gilt dieselbe Beweiserleichterung wie im § 259. Liegen Umstände vor, die den Täter zu der Annahme führen mußten, daß es sich um Diebeswerkzeug handelt, so genügt bis zum Beweis des Gegenteils die Feststellung dieser Umstände zur Begründung des Vorsatzes (das heißt der Kenntnis des Täters von der Zweckbestimmtheit). Steht aber der gute Glaube des Täters positiv fest, so ist, auch wenn er unentschuldbar war, freizusprechen.[33])

---

[31]) gleicher Ansicht, außer Kohlrausch, a. a. O., Ernst Schäfer in Frank-Nachtrag. Dagegen, außer RG. 69, 80 und L. Schäfer, a. a. O. Niethammer in Olshausen, N. S. 217, N. 3 und N. 8.

[32]) a. a. O. N. 3 a. E.

[33]) daß es sich in § 245a Abs. II um eine widerlegbare Vorsatzvermutung (entsprechend wie in § 259) handelt, vgl. z. B. Niethammer in Olshausen-Nachtr. S. 217. Kohlrausch, § 245a, Note 1, Meisch, S. 39.

B. Die vier Tatbestände des § 245 a.

I. Die Tatbestände des § 245 a Abs. I.

1. Der Täterkreis.

Der Täterkreis des § 245 a Abs. I ist eng begrenzt. Als Täter kommt nur in Betracht, wer „wegen schweren Diebstahls, Diebstahls im Rückfall, Raubes, gewerbs- oder gewohnheitsmäßiger Hehlerei oder Hehlerei im Rückfall (§§ 243—245, 249—252, 260, 261) rechtskräftig verurteilt worden ist. Ob eine derartige Vorverurteilung wegen vollendeter Tat oder nur wegen Versuchs, wegen Täterschaft in irgendwelcher Form, oder nur wegen Teilnahme (Anstiftung, Beihilfe) ergangen ist, macht keinen Unterschied.[34]) Daß der Täter die Strafe verbüßt hat, ist nicht erforderlich.

Wohl aber setzt die Anwendung des § 245 a Abs. I grundsätzlich voraus, daß der Täter eindeutig wegen eines der obengenannten Delikte rechtskräftig verurteilt worden ist. Mit anderen Worten: Die rechtskräftige Vorverurteilung, die § 245 a Abs. I erfordert, muß auf einer eindeutigen Feststellung von schwerem Diebstahl, Diebstahl im Rückfall usw. beruhen. Eine Verurteilung auf Grund wahlweiser Tatbestandsfeststellung (2b StGB) genügt nur dann, wenn die wahlweise festgestellten Delikte sämtlich zu den Verbrechen gehören, die § 245 a wahlweise nennt. Dagegen findet der § 245 a Abs. I keine Anwendung, wenn der Täter auf Grund einer Wahlfeststellung zwischen einem der in dieser Bestimmung genannten und einem der dort nicht erwähnten Delikte rechtskräftig verurteilt worden ist.

Beispiel:

A. wird im Besitz von Diebeswerkzeug betroffen. Er ist auf Grund von § 2b wegen Raub- oder Notzuchtversuchs rechtskräftig verurteilt.[35]) Eine Verurteilung des Täters nach § 245 a Abs. I ist in diesem Falle ausgeschlossen, obschon in der Ur-

[34]) so L. Schäfer, a. a. O. S. 95, Schäfer-Richter, a. a. O. N. 3, v. Olsh. Nachtr. S. 217, N. 4 a.

[35]) vgl. hierzu Klatte S. 10, wo näher ausgeführt ist, wie es zu einer solchen Wahlfeststellung überhaupt kommen kann.

teilsformel des auf Grund des § 2b ergangenen Urteils sich die eindeutige Feststellung findet, daß der Täter das mildere Delikt — hier einen Raubversuch — begangen hat, denn die Frage, welcher der widersprechenden Tatbestandsfeststellungen eines alternativen Strafurteils präjudizielle Wirkung zukommt, ist zu Gunsten der wahldeutigen Feststellung in den Gründen zu entscheiden. Diese Feststellung erscheint zwar nur als Begründung der richterlosen Entscheidung, sie ist jedoch die, die allein mit der Überzeugung des Richters in Einklang steht, und nur sie kann darum maßgebend sein. Dagegen handelt es sich bei der eindeutigen Verbrechensangabe in der Urteilsformel, wie sie in § 267 b StPO vorgeschrieben ist, um nichts weiter als um eine Fiktion,[36]) das heißt, der Richter ist gemäß § 267 b StPO gezwungen, den Schuldspruch so zu gestalten, als ob die mildere Tat eindeutig festgestellt sei. Die eindeutige Verbrechensfeststellung in der Urteilsformel ist also unwahrhaftig. Vom Standpunkt der materiellen Gerechtigkeit aus kann daher die „eindeutige" Verurteilung nicht maßgebend sein für die Beurteilung des weiteren Verhaltens des Täters sowie überhaupt ganz allgemein für die Würdigung aller Ereignisse, die nach der Rechtskraft des Urteils eintreten.[37]) Es bewendet also bei dem oben bereits festgestellten Ergebnis, daß die Anwendung des § 245 a Abs. I grundsätzlich zur Voraussetzung hat, daß der Täter eindeutig wegen schweren Diebstahls, Diebstahls im Rückfall usw. rechtskräftig verurteilt worden ist, und daß eine Verurteilung auf Grund des § 2 b nur genügt, wenn die wahlweise festgestellten Straf-

[36]) vgl. hierzu und zu dem Voranstehenden die eingehenden Ausführungen bei Klatte S. 67 ff.

[37]) Anderer Ansicht Ernst Schäfer in Frank-Nachtr. S.. 195. Bruns: Deutsches Strafrecht 1936, S. 286, wonach „das in der Urteilsformel zur Anwendung gebrachte Strafgesetz allein maßgebend sein soll für die Frage des Rückfalles, des Strafregisters usw." Wie hier, Klatte vgl. die Ausführungen auf S. 67—74, wo der „Grundsatz der Maßgeblichkeit des in der Urteilsformel" zur Anwendung gebrachten Strafgesetzes klar und überzeugend widerlegt wird. Mit Recht führt Klatte aus, daß der vermeintliche „Grundsatz der Maßgeblichkeit der Urteilsformel" sich mit den Forderungen der materiellen Gerechtigkeit nicht vereinbaren läßt, und daß hier der entscheidende Gesichtspunkt liegt, zumal gerade um der materiellen Gerechtigkeit willen die Wahlfeststellung schon jetzt durch das Gesetz ausdrücklich zugelassen worden ist (S. 72).

taten alle unter die Strafgesetze fallen, die Abs. I des § 245 a wahlweise nennt.

Muß sonach der Richter prüfen, ob die Vorverurteilung des Täters nicht etwa lediglich auf Wahlfeststellung beruht, so hat er andererseits nicht auch die Aufgabe, festzustellen, ob die frühere Verurteilung zu Recht erfolgt ist oder nicht. Wurde der Angeklagte als Dieb, Räuber oder Hehler rechtskräftig verurteilt, so ist der Richter zufolge des Grundsatzes „ne bis in idem" hieran gebunden. Wird allerdings in einem Wiederaufnahmeverfahren ein Urteil aufgehoben, so daß hierdurch eine der in Abs. I genannten Verurteilungen entfällt, so kann der inzwischen nach § 245 a Abs. I verurteilte Täter auch hiergegen mit Erfolg das Wiederaufnahmeverfahren nach der Vorschrift des § 359 Ziff. 5 StPO. betreiben.[38])

Die Straftaten, wegen deren der Täter des § 245 a vorverurteilt sein muß, sind im Abs. I erschöpfend aufgezählt. Es können daher Verurteilungen auf Grund anderer als der ausdrücklich in § 245 a, Abs. I genannten Strafgesetze keinesfalls als Grundlage einer Verurteilung nach § 245 a Abs. I dienen. Insbesondere ist hier kein Raum für Rechtsschöpfung aus dem Grundgedanken des Gesetzes und aus dem gesunden Volksempfinden nach § 2, da von einer „unbewußten" Gesetzeslücke hier keine Rede sein kann. Die vom Gesetzgeber selbst durch genaue Angabe der Strafvorschriften eindeutig und klar gezogene Grenze[39]) wird jedoch nicht überschritten, wenn eine Verurteilung nach § 17 des Gesetzes über den Verkehr mit unedlen Metallen vom 23. Juli 1926, oder nach § 4 des Gesetzes über den Verkehr mit Edelmetallen, Edelsteinen und Perlen, in der Fassung vom 29. Juni 1926, als Grundlage der Bestrafung nach § 245 a Abs. I dient, denn eine derartige Verurteilung ist kraft ausdrücklicher gesetzlicher

---

[38]) vgl. v. Olshausen, a. a. O. N. 4 b, § 359 StPO. „Die Wiederaufnahme eines durch rechtskräftiges Urteil geschlossenen Verfahrens zugunsten des Verurteilten findet statt... 5. wenn neue Tatsachen oder Beweismittel beigebracht sind, welche allein oder in Verbindung mit den früheren Beweisen die Freisprechung des Angeklagten zu begründen geeignet sind."

[39]) vgl. v. Olshausen, N. 20, L. Schäfer, N. 18 a. E. Amtliche Begründg.

Vorschrift einer Verurteilung wegen schweren Diebstahls gleichgestellt.[40])

Gemäß Abs. IV scheidet eine Verurteilung als strafbegründend aus, „wenn zwischen dem Eintritt ihrer Rechtskraft und der Tat nach Abs. I mehr als fünf Jahre verstrichen sind."

Es fragt sich nun, ob der Tag, an dem das Urteil rechtskräftig geworden ist, in diese Frist mit einzurechnen ist oder nicht? Die Beantwortung dieser Frage hängt davon ab, ob die Vorschriften des BGB. oder die des Strafrechts zur Anwendung kommen. Im ersteren Falle wäre der Tag des „Ereignisses" (hier der Tag der Rechtskraft) nach den §§ 187 Abs. I, 188 Abs. III BGB. nicht mit in die Frist einzubeziehen, sodaß die Fristberechnung erst mit dem Tage beginnen würde, der dem Tage der Urteilsverkündung folgt. Dagegen begänne bei Anwendung der §§ 67 Abs. IV und 70 Abs. III StGB. die fünfjährige Frist mit dem Tage der Rechtskraft des Urteils. Es ist nicht anzunehmen, daß der Gesetzgeber von der in den Vorschriften über die Strafverfolgung oder Strafvollstreckung aufgestellten Regelung der §§ 67 Abs. IV und 70 Abs. III abweichen wollte.[41])

Unter die fünfjährige Frist des Abs. IV fällt nicht die Zeit zwischen Begehung der Tat und ihrer Aburteilung. Es ist ohne Belang, ob der Täter wegen einer oder mehrerer Taten verurteilt, oder gegen ihn eine Gesamtstrafe nach § 79 ausgesprochen wurde. Wird nachträglich auf eine Gesamtstrafe nach § 79 erkannt, oder eine solche nach § 460 StPO. gebildet, so fragt sich, welche Erkenntnis für den Beginn der Verjährungsfrist maßgebend ist. Die Gesamtstrafe stellt eine Ergänzung und Erwei-

---

[40]) so auch L. Schäfer, N. 18.

[41]) so RG. 68, 224. v. Olshausen zu § 20 a, N. 8 a. Zu dem gleichen Ergebnis, aber mit einer anderen Begründung kommt L. Schäfer (§ 20 a, N. 78), der nach dem Grundsatz „in dubio pro reo" die Vorschriften des § 67 IV und § 70 III anwendet. — Hiergegen wendet sich zu Unrecht Meisch, (a. a. O. S. 18), indem er Schäfer entgegenhält, daß gem. Abs. I der Grundsatz „in dubio contra reum" gelte. Dieser Satz gilt jedoch nur hinsichtlich der Zweckbestimmtheit des Werkzeuges. — Wenn Meisch und Schwarz (§ 20 a, 2 bby) aus dem Wortlaut des Gesetzes folgern, daß die Vorschriften des BGB. (§ 187 I u. § 188 II BGB.) zur Anwendung zu bringen sind, so ist zu erwidern, daß sie etwas aus dem Gesetz herauslesen, das nicht drin steht und dem Gesetzgeber sicher nicht bei der Fassung des Gesetzes vorgeschwebt hat.

terung des früheren Urteils dar.[42]) Die frühere Verurteilung wird in Beziehung auf die erkannte Gesamtstrafe ihrer Rechtskraft entkleidet und verliert in diesem Umfange ihre rechtliche Selbständigkeit.[43]) Werden Freiheitsstrafen, auf die in verschiedenen Urteilen erkannt worden ist, durch Urteil oder Beschluß zu einer Gesamtstrafe vereinigt, so ist nur die auf die Gesamtstrafe erkennende Entscheidung als Verurteilung im Sinne des § 245 a Abs. IV anzusehen.[44])

Handelt es sich bei dem Vergehen des § 245 a Abs. I um ein fortgesetztes Delikt, das teils vor teils nach Ablauf der Frist des § 245 a Abs. IV begangen wird, so ist die erste Einzelhandlung des fortgesetzten Delikts maßgebend für die Feststellung, ob die Frist abgelaufen ist oder nicht.[45])

Gemäß Abs. IV wird in die Frist die Zeit nicht mit eingerechnet, „in der der Täter eine Freiheitsstrafe verbüßt oder auf behördliche Anordnung in einer Anstalt verwahrt wird."

Hierbei ist es gleichgültig, ob der Täter gerade die Freiheitsstrafe verbüßt, die auf Grund einer im Abs. I aufgezählten Straftat verhängt wurde oder nicht; es genügt vielmehr, daß er irgendeine Freiheitsstrafe angetreten hat.

Desgleichen ist es ohne Belang, welche Art von Anstalt es ist,[46]) in der der Täter (auf behördliche Anordnung hin) verwahrt wird; wesentlich ist nur, daß er seiner Freiheit beraubt war und aus diesem Grunde keine Möglichkeit hatte, zu beweisen, daß er nicht mehr zur Wiederholung der im Abs. I erwähnten Straftaten neigt. Es versteht sich, daß eine Verwahrung des Täters in einer ausländischen Anstalt einem Aufenthalt in einer inländischen gleichzustellen ist.

Der Täter des § 245 a Abs. I muß, wie oben bereits erwähnt, wegen eines der in Abs. I genannten Delikte rechtskräftig verur-

---

[42]) vgl. RG. 68, 150, 46, 180.
[43]) RG. 68, 150. JW. 34, 1663. L. Schäfer, § 20 a, N. 41. DRZ. 34, Sp. 376. Amtl. Begründung.
[44]) vgl. amtl. Begründung zu § 20 a.
[45]) so auch Meisen, S. 19. L. Schäfer, § 20 a, N. 79.
[46]) sehr ausführlich L. Schäfer, § 20 a, N. 82, 83, ebenso v. Olshausen, § 20 a 8 c.

teilt sein. Gemäß § 5 Abs. II[47]) des Straftilgungsgesetzes verliert eine solche Verurteilung ihre strafbegründende Kraft, wenn ihr Strafvermerk im Strafregister getilgt worden ist. Sie gilt dann nicht mehr als Bestrafung im Sinne solcher Vorschriften, die für den Fall, daß der Täter bereits bestraft ist, eine schwerere Strafe oder andere Rechtsnachteile androhen. Es kann nach § 8 Abs. I des Straftilgungsgesetzes die zuständige Behörde in Fällen, in denen die Voraussetzungen der Tilgung nicht vorliegen, diese Maßnahme anordnen, wenn hierdurch staatliche Interessen nicht gefährdet werden. Nur wenn auf Grund dieser Bestimmung, ohne Rücksicht auf die Fristen für die Tilgung, die sonst beträchtlich höher sind als die in § 245 a Abs. IV (vgl. §§ 6 und 7 Straftilgungsgesetz) der Strafvermerk getilgt wird, hat das Straftilgungsgesetz für den § 245 a Abs. I praktische Bedeutung.

Gemäß § 245 a Abs. IV Satz 3 steht eine ausländische Verurteilung einer inländischen gleich, wenn die betreffende Tat unter eines der im Abs. I erwähnten Strafgesetze fiele, gleichgültig, ob das ausländische Recht die Tat als Verbrechen oder Vergehen betrachtet. Mit dieser Regelung will man das internationale Verbrechertum treffen.

2. Die Tatbestandshandlungen.

a) Die Innehabung von Diebeswerkzeug.

Die erste Begehungsform des § 245 a Abs. I ist die Innehabung von Diebeswerkzeug („wer Diebeswerkzeug in Besitz oder Gewahrsam hat").

Wie schon die amtliche Begründung[48]) hervorhebt, hat die Wendung „Besitz oder Gewahrsam" dieselbe Bedeutung wie in § 246.[49]) Das Wort „Besitz" bedeutet auch hier nichts anderes

---

[47]) Gesetz über beschränkte Auskunft aus dem Strafregister und die Tilgung von Strafvermerken vom 9. April 1920 (RGBl. S. 507).
[48]) a. a. O.
[49]) vgl. RG. 68, 323, 69, 80.

als Gewahrsam. Gewahrsam ist die tatsächliche Verfügungsgewalt[50]) über eine Sache mit dem Willen,[51]) sie auszuüben.

Im übrigen gelten die über den Gewahrsam von Lehre und Rechtssprechung entwickelten Grundsätze (der §§ 242 und 246).

Zur Bestrafung nach § 245 a Abs. I genügt der bloße Mitgewahrsam, gleichviel durch welche tatsächlichen, räumlichen und wirtschaftlichen Beziehungen er im Einzelfall begründet wurde.[52]) Der Täter muß also allein oder in Gemeinschaft mit einem anderen die tatsächliche Gewalt ausüben.[53]) Zum Gewahrsam gehört nicht etwa der Wille, das Werkzeug als eigenes zu besitzen;[54]) ebenso ist es nicht von Belang, ob der Gewahrsamsinhaber die tatsächliche Herrschaftsgewalt für sich oder einen anderen[55]) für eine kürzere oder längere Zeit ausübt.

b) Das Verwahrenlassen.

Als zweite Begehungsform des § 245 a Abs. I stellt sich das „Für-sich-Verwahrenlassen" dar. — Damit soll nicht etwa gesagt sein, daß die bürgerlich-rechtlichen Vorschriften über den Verwahrungsvertrag (§ 688 ff. BGB.) beachtet werden müßten, um ein Verwahrenlassen im Sinne des § 245 a annehmen zu können, es genügt vielmehr ein rein tatsächliches Verwahrungsverhältnis.

Beispiel:
A. läßt seine Diebeswerkzeuge von dem geisteskranken B. verwahren.

Das Diebeswerkzeug steht in dem Gewahrsam eines anderen, von dem jedoch der Täter jederzeitige Aushändigung des Werk-

[50]) vgl. RG. 68, 325. — Also ist das Wort „Besitz" überflüssig! Es hätte genügt, wenn der Gesetzgeber einfach formuliert hätte: „wer Diebeswerkzeug in Gewahrsam hat ..."

[51]) Besitzwille ist unerläßlich, fehlt er, so fehlt nicht etwa der Versatz, sondern schon die Tatbestandsmäßigkeit. So Kohlrausch. N.. 3 zu § 245 a, N. 2 zu § 246, N.. 4 zu § 242.

[52]) RG. 69, 82.

[53]) vgl. v. Olshausen, S. 218, N. 5.

[54]) vgl. RG. 69, 82.

[55]) vgl. L. Schäfer, N. 21 a. E.

zeuges verlangen kann.[56]) Dieses Verhältnis ähnelt dem § 855 BGB., nach dem der Besitzdiener „die tatsächliche Gewalt" über eine Sache für einen anderen ausübt, aber zu diesem in einem mehr oder weniger starken Abhängigkeitsverhältnis steht.[57])

Unter den Begriff des „Verwahrenlassens" fällt nicht nur der Regelfall, daß der Täter das Werkzeug in Verwahrung gibt,[58]) das heißt, einem anderen daran den Besitz einräumt mit der Abrede, daß dieser die Obhut des Werkzeuges übernehmen und es ihm auf jederzeitiges Verlangen wieder herausgeben soll, sondern es wird hierdurch auch der Fall getroffen, in dem jemand Diebeswerkzeug bei einem anderen beläßt.

Ein Beispiel:

A. kauft von B. eine Kollektion von Diebeswerkzeugen und vereinbart mit ihm, daß das Eigentum auf ihn übergehen, B. aber einstweilen die Gegenstände noch für ihn aufbewahren solle. Es fällt sogar der Fall unter den Begriff des „Verwahrenlassens", wenn jemand es zuläßt, daß ein anderer für ihn Diebeswerkzeug an sich nimmt und sich verpflichtet, die Werkzeuge jederzeit wieder herauszugeben.

Beispiel:

A. ist auf einige Tage verreist, als dessen Freund B. von einer dem A. bevorstehenden Haussuchung erfährt. B. versteckt auf Bitte des A. dessen Diebeswerkzeug in seiner Wohnung. Belanglos ist es, ob und wie der Verwahrende den Gewahrsam an dem Werkzeug vom Täter oder einem Dritten (für den Täter) erlangt hat. So, wenn der Täter sich zum Beispiel einen Spezialdietrich anfertigen ließe, ihn aber erst vier Wochen nach Fertigstellung abholt. Während dieser vier Wochen ist das Werkzeug für ihn verwahrt worden, hat der Täter es von einem anderen für sich verwahren lassen.

---

[56]) Die Worte „... von einem anderen ..." sind überflüssig, denn es liegt im Wesen des „Für-sich-Verwahrenlassens", daß der Verwahrer eine von der Person, die verwahren läßt, verschiedene sein muß.

[57]) vgl. Kohlrausch, N.. 4 zu § 245 a.

[58]) vgl. hierzu L. Schäfer, N. 23 und v. Olshausen, S. 218, Nachtrag 6.

(Im übrigen gilt für den Gewahrsam das unter a) Gesagte. Wie dort, so ist auch hier Allgemeingewahrsam nicht erforderlich, um eine Bestrafung nach § 245 a Abs. I zu rechtfertigen).

Gleichgültig ist schließlich noch, ob der Verwahrer die Eigenschaft des Gegenstandes als eines Diebeswerkzeuges kennt.[59]) Der § 245 a kommt auch dann zur Anwendung, wenn zum Beispiel der Täter seinen Diebeswerkzeug enthaltenden Koffer einem gutgläubigen Bekannten oder der Gepäckannahme eines Bahnhofs zur Aufbewahrung gibt.

Als weiteres Merkmal verlangt § 245 a Abs. I, daß der Täter „für sich" verwahren läßt. Wie oben schon angedeutet, übt hier der andere die tatsächliche Herrschaft über das Werkzeug aus, aber der Täter muß die Möglichkeit haben, entweder jederzeit oder nach einer bestimmten Frist, die tatsächliche Verfügungsgewalt wieder zu erlangen.[60])[61]) Es genügt, daß der Täter „mit für sich" verwahren läßt. Wenn beispielsweise eine ganze Gruppe von Berufsverbrechern Diebeswerkzeuge bei einem sogenannten „sicheren Mann" verwahren läßt mit der Abmachung, daß die Werkzeuge an jeden einzelnen von ihnen auf dessen Verlangen hin auszuliefern sind, so läßt jeder einzelne „für sich" verwahren.

Zusammenfassend wäre also festzustellen, daß der Diebeswerkzeug für sich verwahren läßt, der einem anderen Gewahrsam unter der stillschweigenden oder ausdrücklichen Bedingung späterer Wiedereinräumung überläßt oder beläßt.

3. Die Schuld.

Zwar hat das Gesetz keine besondere Schuldform erwähnt. Es kommt aber, dem Zwecke des § 245 a entsprechend, nur vorsätzliche Begehung der beiden Tatbestände des Abs. I in Frage; dolus eventualis genügt; dagegen nicht Fahrlässigkeit. Der Täter

[59]) vgl. Kohlrausch, N. 4 zu § 245 a. L. Schäfer, N. 25. v. Olshausen, S. 218, N. 6.

[60]) zivilrechtlich gesehen, räumt er auflösend bedingten Gewahrsam ein.

[61]) L. Schäfer, „Einräumung des Gewahrsams unter Vorbehalt der Rückübertragung", N. 24, 27.

muß wissen, daß er Diebeswerkzeug in Besitz oder Gewahrsam hat, das ein anderer für ihn verwahrt. Er muß wissen, daß der Gegenstand als Diebeswerkzeug geeignet und zur Verwendung bei Diebstählen bestimmt ist.[62])

Es fragt sich, ob zum Vorsatz des Täters auch die Kenntnis der früheren Verurteilung gehört. Die Beantwortung der Frage hängt davon ab, ob es sich hierbei (ebenso wie bei der Zweckbestimmtheit) um ein vollwertiges Tatbestandsmerkmal oder lediglich um eine sogenannte Bedingung der Strafbarkeit handelt.

Die Frage ist meines Erachtens gegen von Olshausen,[63]) der die frühere Verurteilung zu den Tatbestandsmerkmalen des § 245 a Abs. I zählt, und daher zum Vorsatz auch die Kenntnis der früheren Verurteilung verlangt, mit Frank[64]) dahingehend zu beantworten, daß die Vorstrafe des Täters als Bedingung der Strafbarkeit zu werten ist; denn die Voraussetzung der Vorverurteilung liegt vor der Tat und ist daher der Handlung gegenüber selbständig.[65]) Wenn das Gesetz die Bestrafung des Täters im § 245 a Abs. I von einer bestimmten früheren Verurteilung abhängig macht, so deshalb, weil damit ein Indiz für die Gefährlichkeit des Täters gegeben ist (das heißt, daß es sich bei ihm um einen gefährlichen Eigentumsverbrecher handelt). Ob der Täter sich dessen bewußt ist und noch weiß, daß er bereits wegen schweren Diebstahls, Diebstahls im Rückfall usw. rechtskräftig verurteilt worden ist, kann daher keine Voraussetzung für seine Bestrafung aus § 245 a sein.[66])

Strafdrohung: Das Delikt des § 245 a Abs. I ist mit Gefängnis von mindestens drei Monaten bedroht, Höchstgrenze sind fünf

---

[62]) s. hierzu S. 11 ff. der vorliegenden Arbeit.

[63]) vgl. v. Olshausen, Nachtr. zu § 245 a, N. 7.

[64]) Nachtr. zu § 245 a, II, V, a. E.

[65]) vgl. hierzu RG Komm. Lobe, Nachtr. zu § 245 a, N. 6.

[66]) Wenn v. Olshausen die Frage entsprechend wie bei einem Rückfall behandelt, so verkennt er m. E. hierbei, daß sich hier der Gedanke der früheren Verwarnung des Täters nicht berücksichtigen läßt: Wer wegen Diebstahls, Raubes oder Hehlerei im Rückfall verurteilt worden ist, wird zwar verwarnt, diese Straftaten nicht wieder zu begehen, nicht aber auch ergeht an ihn die besondere Warnung, künftig keine Diebeswerkzeuge mehr in Gewahrsam zu haben, oder sich von einem anderen verwahren zu lassen (zumal dann nicht, wenn der Täter die betr. Tat ohne Diebeswerkzeuge begangen hatte, wenn es sich z. B. um eine Hehlerei handelte).

Jahre (§ 16 I StGB.), es ist also ein Vergehen (§ 1 II StGB.). Ist der Täter ein gefährlicher Gewohnheitsverbrecher, so erfolgt Bestrafung aus § 20 a, und zwar auch dann, wenn die früheren Verurteilungen nur aus § 245 a erfolgten.

II. Die Tatbestände des § 245 a Abs. II.

1. Der Täterkreis.

Täter des § 245 a Abs. II kann jeder sein, da eine Vorverurteilung, wie sie Abs. I verlangt, nicht Voraussetzung für eine Bestrafung nach Abs. II ist.

Diese Strafbestimmung richtet sich in erster Linie gegen die Helfer der Berufsverbrecher,[67]), die diese durch Verwahrung der Diebeswerkzeuge und durch Ausstattung mit dem erforderlichen Handwerkszeug unterstützen.

2. Tatbestandshandlungen.

a) Die Inverwahrungnahme von Diebeswerkzeug.

Der erste Fall des § 245 a Abs. II ist der, daß jemand „Diebeswerkzeug für einen anderen in Verwahrung nimmt".

Das „Inverwahrungnehmen" des Abs. II ist das Gegenstück zum „Verwahrenlassen" des Abs. I. Der Begriff des „Verwahrens" deckt sich mit dem des „Gewahrsams". Die diesbezüglich unter B. 2 gemachten Ausführungen gelten entsprechend.

Für das Verhältnis zwischen dem Verwahrer (dem „anderen") und dem Verwahrenden sind ebenfalls die bürgerlich-rechtlichen Vorschriften über den Verwahrungsvertrag ohne Belang. Der Täter „verwahrt" von dem Augenblick an, da er die tatsächliche Herrschaftsgewalt über das Werkzeug erlangt.

Von wem ihm der Gewahrsam eingeräumt wird, ist gleichgültig. Es kann dies der, für den er verwahrt, aber auch jeder beliebige Dritte sein.

---

[67]) Amtliche Begründung und Einleitung der vorliegenden Arbeit.

Aus den Worten: „für einen anderen“ geht hervor, daß dieser „andere“ die Möglichkeit haben muß, das Werkzeug jederzeit in seinen Gewahrsam zu bringen.

Im Gegensatz zu L. Schäfer[68]) ist meines Erachtens ein „Inverwahrungnehmen“ auch dann anzunehmen, wenn der Täter zwar schon längere Zeit an dem Diebeswerkzeug den Gewahrsam hatte, aber von einem gewissen Zeitpunkt an nicht mehr für sich, sondern für einen anderen verwahrt, etwa weil sich inzwischen ein Eigentumsübergang nach § 930 BGB vollzogen hat.[69])

b) Die Überlassung von Diebeswerkzeug.

Im zweiten der beiden Fälle, die der § 245 a Abs. II unter Strafe stellt, besteht das strafbare Verhalten darin, daß jemand Diebeswerkzeug „einem anderen überläßt“.

Die Handlung des Täters ist, daß er einem anderen den Gewahrsam an dem Diebeswerkzeug verschafft. Auch hier gilt das bisher über den Gewahrsam und über die Nichtanwendung bürgerlich-rechtlicher Vorschriften Gesagte. Die tatsächliche Herrschaft kann hier auch durch Überlassung einer Urkunde erlangt werden, wenn der Täter zum Beispiel den Gepäckschein zwecks Aushändigung des Diebeswerkzeug enthaltenden Koffers dem anderen überläßt; ob der Überlassende unmittelbar oder mittelbar (indem er sich eines Dritten bedient) dem anderen den Gewahrsam einräumt, ist gleichgültig. Ebenso ist es nicht von Bedeutung, ob das Überlassen ein bloßes „Geschehenlassen“ ist,[70]) und es nur vorübergehend (Leihe, Miete) oder dauernd (durch Eigentumserwerb, Kauf, Schenkung) gedacht ist.

---

[68]) a. a. O. N. 36; desgl. v. Olshausen, a. a. O. S. 219, N. 10, wo ausgeführt ist: „Wenn das Gesetz verlangt, daß der Täter das Werkzeug in Verwahrung nehmen muß!, so kommt darin zum Ausdruck, daß es zur Vollendung der Tat (im juristischen Sinne) genügt, wenn der Täter strafrechtlichen Gewahrsam, den er vorher nicht hatte, übernimmt.“

[69]) Besitzmittlungsverhältnis kann z. B.. Leihe oder Miete sein.

[70]) vgl. v. Olshausen, S. 219, N. 10 b. L. Schäfer, N. 39 a. E., RG. 59, 214.

3. Die Schuld.

Zum inneren Tatbestand gehört Vorsatz, der sich auf die diebische Zweckbestimmtheit[71]) der Werkzeuge erstrecken muß. Auch hier genügt bedingter Vorsatz. Was die widerlegbare Schuldvermutung betrifft, so vergleiche die Ausführungen Seite 31 der vorliegenden Bearbeitung.

Auf eine Eigenart des Abs. II möchte ich noch hinweisen.

Unter den gegebenen Voraussetzungen wird bestraft: „Wer Diebeswerkzeug für einen anderen in Verwahrung nimmt oder einem anderen überläßt". Es ist sonach der Eigengewahrsam eines Nichtvorbestraften straflos, und zwar selbst dann, wenn feststeht, daß das Werkzeug zu eigenen beziehungsweise fremden Straftaten verwendet werden sollte, da diese Handlung sich als straflose Vorbereitungshandlung darstellt. Man kommt also zu dem sonderbaren Ergebnis, daß im Abs. II des § 245 a „die Vorbereitung fremden Tuns in weiterem Umfange strafbar ist als die Vorbereitung eigenen Tuns;"[72]) hieran läßt sich jedoch de lege lata nichts ändern.

4. Der subsidiäre Charakter des § 245 a Abs. II.

Das Vergehen des § 245 a Abs. II hat gegenüber anderen Delikttatbeständen subsidiären Charakter, das heißt, eine Bestrafung erfolgt nur nach Abs. II, wenn „die Tat nicht nach anderen Vorschriften mit schwererer Strafe bedroht ist".

So wird der Verwahrer oder Überlasser häufig zugleich Beihilfe oder Begünstigung zu schwerem Diebstahl oder Raub leisten.

Aber auch wenn der Verwahrer des Abs. II Besitzer im Sinne des Abs. I und einschlägig vorbestraft ist, richtet sich seine Bestrafung nach dem schwereren Falle des Abs. I des § 245 a und Abs. II kommt nicht zum Zuge.

---

[71]) Im Gegensatz zu Abs. I, hier unbestritten. vgl. L. Schäfer, N. 40, 41, v. Olshausen, S. 219, N. 11 a, Frank, Nachtr. S. 77, N. 4.

[72]) so Kohlrausch, N. 2 zu § 245 a.

C. Die Konkurrenzfrage.

I. Die Tatbestände des § 245 a als Dauerdelikte.

Im folgenden sind die vier Tatbestände in Hinsicht auf ihren Verbrechenscharakter als Dauerdelikt zu betrachten.

Es liegt im Wesen des Dauerdeliktes, daß nicht nur die Begründung des rechtswidrigen Zustandes, sondern auch dessen Aufrechterhaltung zum Tatbestand gehört. Das Delikt wird folglich solange begangen, bis der rechtswidrige Zustand sein Ende erreicht.[73])

Die beiden Fälle des Abs. I[74]) sind folglich Dauerdelikte, denn die Taten sind rechtlich zwar vollendet im Augenblick der Gewahrsamsbegründung (bei dem Täter oder bei dem „anderen"), dauern aber an, solange dieser strafbare Gewahrsam aufrechterhalten wird. Bis zur Aufhebung dieses rechtswidrigen Zustandes werden die Taten „begangen".

Ebenso verhält es sich mit dem ersten Falle des Abs. II.[75]) Mit der „Inverwahrungnahme" ist das Vergehen im rechtlichen Sinne zwar vollendet, tatsächlich aber noch nicht abgeschlossen. Es dauert ebenfalls solange an, bis der rechtswidrige Gewahrsam beendet ist.

Lediglich der zweite Fall des Abs. II[76]) ist kein Dauerdelikt; denn mit dem Überlassen des Diebeswerkzeuges an einen anderen ist die strafbare Handlung beendet. Ob der „andere" seinerseits nun Diebeswerkzeug in Besitz oder Gewahrsam hat und somit ein Dauerdelikt begeht, hängt davon ab, ob die sonstigen Voraussetzungen des § 245 a Abs. I bei ihm vorliegen.

Die vorangehenden Ausführungen sind vor allem für die Verjährung von Bedeutung. Sie kann in den drei Fällen des § 245 a, die Dauerdelikte sind, erst in dem Zeitpunkt beginnen,

---

[73]) Frank, StGB., S.. 30 u. S. 242, v. Hippel, S. 543, Anm. 7.
[74]) Wer Diebeswerkzeug in Besitz oder Gewahrsam hat oder von einem anderen für sich verwahren läßt.
[75]) „Wer Diebeswerkzeug für einen anderen in Verwahrung nimmt".
[76]) Wer Diebeswerkzeug „einem anderen überläßt".

in dem der rechtswidrige Zustand, also der strafbare Gewahrsam, beendigt wird.[77])[78])

Der Verbrechenscharakter als Dauerdelikt ist auch rechtserheblich, wenn zwar der Gewahrsam vor dem Inkrafttreten des § 245 a begründet wurde, er aber über diesen Zeitpunkt hinaus weiter aufrechterhalten wird, da, wie bereits oben ausgeführt, auch dann noch das Vergehen „begangen" wird.[79])

Aber auch folgender Fall stellt sich als ein Dauervergehen dar:

A., der eine längere Freiheitsstrafe anzutreten hat, gibt aus diesem Grunde dem B. seine Diebeswerkzeuge in Verwahrung. Nach Verbüßung der Strafe läßt er sich die Werkzeuge wieder von B. zurückgeben. Hier hat A. den Tatbestand des § 245 a Abs. I mehrfach verwirklicht.

A. hat 1. Diebeswerkzeuge in Besitz (folglich auch in Gewahrsam) gehabt. § 245 a Abs. I erste Alternative.

2. Diebeswerkzeug von einem anderen (dem B.) für sich verwahren lassen. § 245 a Abs. I zweite Alternative.

3. Diebeswerkzeuge wieder in Besitz genommen.

§ 245 a Abs. I erste Alternative.

Die Annahme eines Dauervergehens nach § 245 a Abs. I erscheint mir darum gerechtfertigt, weil die mehrfachen Tatbestandsverwirklichungen ein und derselben Willensrichtung des Täters entsprungen sind, und weil es sich bei den Alternativen des § 245 a Abs. I um völlig gleichwertige Ausführungsarten ein und desselben Delikts handelt

---

[77]) Frank, StGB. S. 242, Allfeld, a. a. O., S. 231, Mayer, a. a. O. S. 523, vgl. RG. 10, 205 f.; 22, 163; 37, 79; 38, 387 ff. L. Schäfer, a. a. O. N. 46, 47, v. Olshausen zu § 245 a, N. 6 b, 10 a und b.

[78]) v. Olshausen, a. a. O. N. 18 a: Dieser Zustand endigt bei Abs. I u. II (1. Alten.) durch Vernichtung des Diebeswerkzeugs, durch Ablieferung bei der Polizei, durch polizeiliche Beschlagnahme oder durch sonstigen Verlust des Besitzes, ferner durch Aufhebung der Verwendungsbestimmung. Bei der „Überlassung" des Abs. II beginnt die Verjährung in dem Augenblick, wenn der Täter auf Grund der Handlung des Täters den Besitz erwirbt, bei Zusendung also mit der Ablieferung.

[79]) Dieser Gesichtspunkt gewinnt besonders in dem Falle praktische Bedeutung, wenn dieser Paragraph im österreichischen Reichsgebiet eingeführt wird.

und nicht etwa um zwei verschiedene selbständige Tatbestände. Der Sinn des Gesetzes ist der, daß es für die Strafbarkeit des vorbestraften Täters nicht darauf ankommen soll, wo er die Werkzeuge verwahrt, ob bei sich oder bei einem anderen. Auch wenn das Werkzeug sich in der Hand des Verwahrers befindet, bedeutet es eine ständige Gefahr für die Volksgemeinschaft, da es auch so jederzeit dem Verbrecher zur Verfügung steht. Der Grund für die Strafbarkeit ist also in beiden Fällen des § 245a Abs. I derselbe, deshalb liegt ein Dauervergehen vor, gleichgültig, ob der Täter die Werkzeuge ständig in seinem Gewahrsam hat, oder ob er sie zwischendurch für sich von einem anderen verwahren läßt. In beiden Fällen hält er sie dauernd zu seiner Verfügung, wobei im letzteren Falle nur die Form der tatsächlichen Verfügungsgewalt mehrmals gewechselt hat. Es wäre unbillig, wollte man den Täter, nur weil er die Begegungsform geändert hat, wegen mehrerer selbständiger Vergehen bestrafen, denn weder beweist der Täter dadurch eine größere Gefährlichkeit, noch bildet seine Tat darum, weil sie in ihrer Form wechselt, eine größere Gefahr für die Volksgemeinschaft.

II. Das Verhältnis des § 245a zu Diebstahl oder Raub.

In diesem Abschnitt gilt es, die Frage zu beantworten, ob der, der Diebeswerkzeug strafbar in Besitz und damit demnächst einen Diebstahl oder Raub ausgeführt hat, auch wegen Vergehens gegen den § 245a verurteilt werden kann, mit anderen Worten, ob in einem solchen Falle echte Gesetzeskonkurrenz (Real- oder Idealkonkurrenz) oder scheinbare Gesetzeskonkurrenz (Konsumtion oder Subsidiarität) gegeben ist. Die Frage ist bestritten!

Die herrschende Lehre[80]) nimmt je nach Lage des Falles Ideal- oder Realkonkurrenz an. Dagegen vertritt Meisch[81]) die

[80]) d. h. L. Schäfer, a. a. O., v. Olshausen und Frank, Nachträge. L. Schäfer-Richter, a. a. O. S. 40, N. 5, RG. 69, 91 ff.

[81]) a. a. O. S. 28 ff. desgl. Schwarz in DJZ. 1934, 480, jedoch ohne jede Begründung!

Auffassung, daß echte Ideal- oder Realkonkurrenz wegen des subsidiären Charakters des § 245 a nicht möglich sei.

Bei der Erörterung des Problems ist davon auszugehen, daß die Handlungen des § 245 a sich als Tätigkeiten darstellen, durch die die Delikte des Diebstahls oder Raubes vorbereitet werden, wenn auch § 245 a nicht erfordert, daß sich die Tatbestandshandlungen auf einen konkreten in seinen Einzelheiten schon festgelegten Diebstahl oder Raub beziehen.[82]) Während es sich beim Diebstahl oder Raub um Verletzungsdelikte handelt, haben wir es im § 245 a mit bloßen Gefährdungsdelikten zu tun.[83])

Das geschützte Rechtsgut ist auch im § 245 a das Eigentum. Es ist nicht etwa so wie das Reichsgericht[84]) meint, daß der § 245 a eine „Gefährdungstat sei, die sich gegen die allgemeine öffentliche Sicherheit richte", die Verbrechen der §§ 242 ff. dagegen Verletzungstaten, deren Strafdrohungen dem Schutze des Eigentums dienen, sodaß das geschützte Rechtsgut bei dem Vergehen des § 245 a einerseits und den Vergehen beziehungsweise Verbrechen der §§ 242, 249 ff. andererseits nicht dasselbe sei.

Allerdings dienen die Strafdrohungen des § 245 a der öffentlichen Sicherheit. Dies trifft jedoch in gleicher Weise auf alle Strafdrohungen zu, die das Eigentum vor Verletzung schützen sollen. Es ist nicht einzusehen, daß das durch die Tatbestände des § 245 a geschützte Rechtsgut nicht mit dem durch die §§ 242 ff geschützten identisch sein soll. Die Vorschrift des § 245 a wurde nicht etwa wie die Strafbestimmungen des Schußwaffengesetzes[85]) ohne Beziehung auf ein bestimmtes Rechts-

---

[82]) vgl. S. 9 und 13 der vorliegenden Arbeit.

[83]) und zwar handelt es sich hier um ein abstraktes Gefährdungsdelikt, denn die Verurteilung nach § 245 a setzt nicht etwa auch voraus, daß der Täter eine besondere Gefahr für das Vermögen einer bestimmten Person herbeigeführt hat, vielmehr stehen die im § 245 a bezeichneten Handlungen schlechtnin unter Strafe, d. h.. unabhängig von einer besonderen Gefährdung im Einzelfall. So auch Schäfer, a. a. O. S. 108, N. 49, Meisch, a. a. O. S. 29, RG. 69, 91 ff.

[84]) RG. 69, 91 ff.

[85]) Gesetz über Schußwaffen und Munition vom 12. 6.. 1928.

gut erlassen,[86]) vielmehr geht der Zweck des § 245 a, wie aus der amtlichen Begründung[87]) deutlich hervorgeht, dahin, „den Einbrecher[88]) schon in einem früheren Stadium seiner verbrecherischen Tätigkeit fassen zu können". Das in § 245 a geschützte Rechtsgut kann demnach nur dasselbe sein wie das in den §§ 242 ff und §§ 249 ff. Es ist das das Eigentum und der Gewahrsam, wenn auch unbestimmter Personen. Durch den § 245 a sollen nicht auch andere, sondern nur die in den §§ 242, 243 und 249 geschützten Rechtsgüter besser geschützt werden. Mit anderen Worten: durch den § 245 a hat nur das Eigentum und der Gewahrsam einen verstärkten Schutz erfahren und hierdurch allerdings auch die öffentliche Sicherheit.[89])

Damit aber entfällt der Grund, mit dem das Reichsgericht das Vorliegen von Konsumtion („Aufzehrung der Gefährdungstat durch die Verletzungstat") abgelehnt hat.[90])

Konsumtion als Unterfall der Gesetzeskonkurrenz liegt dann vor, „wenn außerhalb der Spezialität und der Subsidiarität der von dem einen (dem konsumierenden) Gesetz gewährte Rechtsgutschutz den von dem anderen (konsumierten) gewährten mitum-

---

[86]) Es ist irreführend, wenn es in Frank, Nachtr. S. 77 heißt: „Die Sache liegt hier ähnlich wie etwa in dem Falle, wo unbefugter Waffenbesitz und Raub konkurrieren und das RG. (66, 117) mit Recht Realkonkurrenz annimmt", denn die Strafbarkeit wegen unbefugten Waffenbesitzes setzt nicht voraus, daß die Waffe zur Verwendung bei Diebstählen, ja nicht einmal, daß sie zur Begehung irgendwelcher strafbarer Handlungen bestimmt ist. Das geschützte Rechtsgut in § 249 ist allerdings nicht identisch mit dem durch § 25 Schußwaffenges. geschützten Interesse. Diese Str. Drohung dient nicht sowohl dem Schutze eines bestimmten Rechtsgutes als vielmehr ganz allgemein der öffentl. Sicherheit (ohne Beziehung auf ein bestimmtes Rechtsgut).

[87]) a. a. O.

[88]) Sperrdruck stammt vom Verfasser.

[89]) Gegen v. Olshausen (Nachtr. zu § 245 a N. 15), der die Ansicht des RG. vertritt, ist zu sagen, daß der Täter des § 245 a zwar nicht notwendig bestimmtes Eigentum, immer aber das Eigentum und damit die öffentliche Sicherheit bedroht. Die Verschiedenheit der Tatbestände, die darin besteht, daß der Dieb oder Räuber ein bestimmtes Rechtsgut verletzt, der Täter des § 245 a das Eigentum irgendwelcher Volksgenossen gefährdet, läßt m. E. die beiden Strafdrohungen nicht als so selbständig erscheinen, als daß darum echte Real- bezw. Idealkonkurrenz zwischen dem § 245 a und den §§ 242, 243 u. 249 ff. angenommen werden müßte.

[90]) Eine weitere Begründung für seinen Standpunkt gibt das Reichsgericht nicht.

faßt".[91]) Diese von Honig[92]) beeinflußte Begriffsbestimmung Franks, hat sich allgemein durchgesetzt, sodaß wir keine Bedenken sehen, uns ihr anzuschließen.

Da die Vorschriften über Diebstahl das Eigentum gegen Gefährdung schützen, so kann es nicht zweifelhaft sein, daß sich der durch die §§ 242 ff angestrebte Rechtsgutschutz gegenüber dem durch § 245 a angestrebten als der umfassendere erweist: „Die umfassende Schädigung des Objekts durch eine Verletzung konsumiert daher seine vorangegangene Gefährdung."[93])

Noch einfacher und sicherer läßt sich das Vorliegen von Subsidiarität begründen. Subsidiarität ist gegeben, „wenn mehrere Strafdrohungen dasselbe Rechtsgut in verschiedenen Angriffstadien schützen".[94]) Gerade das trifft in unserem Falle zu: Der Täter des § 245 a bereitet die Verletzung fremden Eigentums vor, der Dieb oder der Räuber führen die Verletzung fremden Eigentums aus oder beginnen damit.

So ergibt sich, daß der § 245 a gegenüber den Vorschriften der §§ 242 ff subsidiär ist. Er wäre gegenüber den Tatbeständen des Diebstahls oder Raubes nur dann selbständig, wenn er zugleich dem Schutze anderer bestimmter Rechtsgüter (als dem Eigentum) dienen würde. Das aber ist gerade, wie wir gesehen haben, nicht der Fall, vielmehr schützen die Strafdrohungen des § 245 a einerseits und die der §§ 242, 243 und 249 ff andererseits dasselbe Rechtgut (das Eigentum) in verschiedenen Angriffsstadien. In solchen Fällen aber findet das Gesetz Anwendung, das den durch den Sachverhalt gegebenen am meist fortgeschrittenen Angriff mit Strafe bedroht. Dieses Gesetz geht allen anderen vor, die sich auf ein früheres Angriffsstadium beziehen.

Das Ergebnis wäre demnach, daß der Täter — das gleiche gilt auch für den Teilnehmer — im Falle er einen Diebstahl oder Raub mit einem Werkzeug, das er in Besitz hatte, begangen hat,

---

[91]) vgl. Frank, StGB. § 73, VII 2 c.
[92]) a. a. O. S.. 71.
[93]) vgl. Honig, a. a. O. S.. 71.
[94]) so auch Frank, StGB. § 73, VII 2 b.

nicht auch wegen strafbaren Besitzes des benutzten Werkzeuges verurteilt werden kann.[95])

Es handelt sich also im Abs. I des § 245 a um einen Fall „stillschweigender"[96]) Subsidiarität. Die subsidiären Strafbestimmungen des § 245 a Abs. I kommen nach Verwirklichung der primären (der über Diebstahl oder Raub) nicht zur Anwendung. Dem Strafbedürfnis geschieht vollauf Genüge, wenn der Täter des § 245 a Abs. I lediglich wegen Diebstahls oder Raubes schuldig gesprochen und verurteilt wird. Daß der Täter des § 245 a durch die spätere Begehung eines einfachen Diebstahls der höheren Mindeststrafe (drei Monate) des § 245 a Abs. I entgehen kann, ist praktisch nicht zu befürchten. „Wer wegen schweren Diebstahls, Diebstahls im Rückfall, Raubes, gewerbs- oder gewohnheitsmäßiger Hehlerei oder Hehlerei im Rückfall rechtskräftig verurteilt worden ist" und später einen einfachen Diebstahl unter Benutzung von Diebeswerkzeugen begeht, wird, selbst wenn der Fall mild liegt, wohl kaum mit einer Strafe unter drei Monaten davonkommen. Daß theoretisch diese Möglichkeit besteht, ist äußersten Falles ein „Schönheitsfehler", der, da er sich praktisch nicht auswirken wird, ruhig in Kauf genommen werden kann.

III. Beseitigt der Rücktritt vom versuchten Diebstahl oder Raub die Strafbarkeit des Vorbereitungstatbestandes des § 245a?

Der Tatbestand des § 245 a geht in dem des Diebstahls oder Raubes nur dann auf, wenn das mit dem Diebeswerkzeug begangene Verbrechen des Diebstahls oder Raubes voll verwirklicht oder wenigstens bis zu einem strafbaren Versuch gediehen ist. Scheidet Diebstahl oder Raub infolge Rücktritts vom Versuch

---

[95]) Die Möglichkeit, das Diebeswerkzeug einzuziehen, bleibt bestehen; allerdings kann nun das Werkzeug nur eingezogen werden, wenn es dem Täter oder einem Teilnehmer gehört. Aber dieses Ergebnis ist nur zu begrüßen (vgl. S. 52 der vorliegenden Bearbeitung).

[96]) so nennen sie Honig und Meisch, im Gegensatz zu der im Gesetz ausdrücklich ausgesprochenen Subsidiarität.

(§ 46) als Gegenstand der Verurteilung aus, so erlangt der vollendete Tatbestand des § 245 a seine Selbständigkeit wieder, das heißt, er wird durch den Rücktritt vom Versuch des Diebstahls oder Raubes nicht berührt;[97]) denn im Falle des Rüchtritts nach § 46 bleibt nur der Versuch „als solcher" straflos, das heißt, nur die nach § 43 in Verbindung mit einer der Bestimmungen des Diebstahls oder Raubes verwirkten Versuchsstrafe fällt fort. Was an vollendeten Straftaten etwa sonst vorliegt, zum Beispiel § 245 a, § 123, § 303, kann durch § 46 nicht beseitigt werden gleichgültig, ob die genannten Bestimmungen, im Falle daß § 46 nicht zutreffen würde, wegen Gesetzeskonkurrenz (Spezialität, Konsumtion oder Subsidiarität) ausscheiden würden, oder ob jene Delikte mit denen des Diebstahls oder Raubes ideel konkurrieren würden.[98])

D. Die Tatbestände des § 245 a als Delikte mit notwendiger Teilnahme.

Die Tatbestände des § 245 a weisen „abgesehen von dem des strafbaren Besitzes" die Eigentümlichkeit auf, daß zur Vornahme der Verbrechenshandlungen das Mitwirken mehrerer Personen erforderlich ist: zum Verwahrenlassen gehört notwendig ein Verwahrer, zur Inverwahrungnahme ein Verwahrungsgeber, zur

---

[97]) vgl. hierzu RG. in JW. 1924, S. 1525, N. 5. Hier wird der Fall behandelt, in dem der Täter vom versuchten Münzverbrechen zurücktritt. Mit Recht vertritt das RG. den Standpunkt, daß der Rücktritt vom versuchten Münzverbrechen (§ 146) nicht die Strafbarkeit des Vorbereitungstatbestandes des § 151 beseitigt.

[98]) vgl. hierzu Coenders in JW. 1924, S. 1525. Die von uns vertretene Ansicht deckt sich mit der durchaus herrschenden Lehre. vgl. Frank, § 46, Anm. IV, v. Olshausen, § 46, Anm. 3, Schwartz, § 46, Anm. 1, Leipzg. Komm. I, § 46, 2 d, Meyer-Allfeld, S. 201, Liszt-Schmidt, S. 308, Mezger, S. 407, Wachenfeld, S. 186, Anm. 2, Finger, S. 323, Köhler, Lhb. 459, Beling, „Lehre vom Verbrechen" S. 309, RG. 23, 226, RG. 59, 377.
Dagegen: Neuerdings Meisch, a. a. O. S. 31. Nach ihm „entsteht Konsumtion schon mit dem Vorliegen des primären Gesetzes, nicht erst mit der Strafbarkeit aus dem primären Gesetz". Damit verkennt m. E. Meisch das Wesen der sogenannten Gesetzeskonkurrenz, das darin besteht, daß das Verhältnis der mehreren in Betracht kommenden Gesetze derartig ist, daß die Anwendung des einen Gesetzes die des anderen ausschließt.

Überlassung ein Empfänger. Man spricht in solchen Fällen, in denen ein Zusammenwirken Mehrerer bei Vornahme der unter Strafe gestellten Handlungen nach dem Gesetz vorausgesetzt wird, von Delikten mit „notwendiger Teilnahme". Erklärt das Gesetz bei solchen Delikten „nur einzelne der notwendig Beteiligten für strafbar, so spricht es damit indirekt die Straflosigkeit der übrigen notwendig beteiligten Personen aus und zwar auch als Teilnehmer".[99]) Dieser Satz wird insoweit allgemein anerkannt, als sich der notwendig Beteiligte (dessen Verhalten das Gesetz nicht unter Strafe gestellt hat) im Rahmen der vom Gesetzgeber als notwendig vorausgesetzten Mitwirkung hält, das heißt, nicht mehr tut, als zur notwendigen Teilnahme erforderlich ist.

Bestritten dagegen ist, ob der oben wiedergegebene Grundsatz der Straflosigkeit des notwendigen Teilnehmers auch dann gilt, wenn dieser über die vom Gesetz als notwendig vorausgesetzte Tätigkeit hinausgeht. Die Frage wird in der Wissenschaft überwiegend bejaht,[100]) dagegen haben sich die Rechtsprechung und einige Schriftsteller in solchen Fällen für Strafbarkeit nach den allgemeinen Grundsätzen der strafbaren Teilnahme ausgesprochen.[101])

Bevor wir zu dieser Frage näher Stellung nehmen, möchten wir zunächst einige Beispiele bringen, die zeigen sollen, daß das angeschnittene Problem nicht nur theoretisch, sondern auch praktisch von Bedeutung ist.

---

[99]) Frank, StGB. S.. 111.

[100]) Frank, a. a. O., Freudenthal, a. a. O., v. Bar, Gesetz u. Schuld, Bd. II, S. 734, Binding, Handb. Bd. I, S. 361 (auf Grund seiner Subsidiaritätslehre). Brandes, a. a. O., S. 47, A. Köhler, Strafr. S. 508, M. E. Mayer, Allgem. Teil S. 387. Wie v. Kries: Mayer-Allfeld, Lehrb. S. 210, Gerland, a. a. O. S. 143 f. v. Liszt-Schmidt, Lehrb. S. 332. Teilweise übereinstimmend mit herrschender Lehre geht v. Olshausen Komm... Er will in jedem einzelnen Falle prüfen, ob die Teilnahme strafbar sein solle oder nicht. Vgl. hierzu Vorbemerkung 11 zu §§ 47 ff.

[101]) RG. 1, 350, 2, 439, 3, 140, 5, 275, 6, 286, 8, 294, 12, 122, 21, 375, 23, 69, 242, 25, 369, 29, 304, 34, 273, 39, 134, 51, 131, 52, 3 abweichend: 42, 382. Beling, „Lehre vom Verbrechen" S. 438. Berner, Lehrbuch, S. 614. Lobe im Leipz. Komm. S. 11 ff.

Beispiele zu § 245 a Abs. I.

1a) Der wegen schweren Diebstahls rechtskräftig verurteilte A. läßt seine Diebeswerkzeuge von dem noch nicht vorbestraften Kaschemmenwirt K. verwahren.

Ist K. nach § 245 a Abs. I strafbar?

Da zum Verwahrenlassen notwendig ein Verwahrer gehört, tut K., indem er die Werkzeuge für A. in Verwahrung nimmt, nicht mehr als zur Herstellung des Tatbestandes des § 245 a Abs. I notwendig ist.[102])

1b) Der Kaschemmenwirt K. hatte dem A. den „guten Rat" gegeben, die Werkzeuge bei ihm in Verwahrung zu geben.

Es versteht sich, daß die Verleitung des A., seine Werkzeuge von K. aufheben zu lassen, nicht im Rahmen der vom Gesetzgeber als notwendig vorausgesetzten Mitwirkung gelegen ist: indem K. den A. verleitet, tut er mehr, als zur notwendigen Teilnahme erforderlich ist. Die Frage ist nun die, ob K. dieserhalb wegen Anstiftung zum Vergehen des § 245 a Abs. I 2. Alternative bestraft werden kann. Die Frage ist insofern praktisch von großer Bedeutung, als bejahendenfalls K. nicht mit Gefängnis unter drei Monaten davonkäme. Nimmt man dagegen an, daß K. wegen notwendiger Teilnahme auch in diesem Falle nicht als Teilnehmer am Vergehen des § 245 a Abs. I bestraft werden kann, so würde ihn lediglich die Strafe des § 245 a **Abs. II** treffen, also unter Umständen eine geringere Strafe als drei Monate Gefängnis.

Beispiel zu § 245 a Abs. II.

2a) Der Kaschemmenwirt K. nimmt für A., der bisher nur wegen einfachen Diebstahls vorbestraft ist, dessen Diebeswerkzeug in Verwahrung. Hier ist A. notwendiger Teilnehmer, denn notwendig gehört zur Inverwahrungnahme ein Verwahrungsgeber. A. ist daher nicht nach § 245 a Abs. II strafbar, aber auch nicht

---

[102]) Fällt der notw. Teiln. unter den Täterkreis des § 245 a, Abs. I, so gilt das Gesagte allerdings insoweit nicht, als der notw. beteiligte Verwahrer wegen Besitzes von Diebeswerkzeugen (§ 245 a I) sich strafbar gemacht hat.

wegen „Verwahrenlassens" nach § 245 a Abs. I, da er nicht so vorbestraft ist, wie dies § 245 a Abs. I vorschreibt.

2b) Fraglich ist, ob A. auch dann straflos bleibt, wenn er, was nicht notwendig zur Inverwahrungnahme gehört, den K. dazu angestiftet hat, seine (des A.) Werkzeuge für ihn in Verwahrung zu nehmen.

3a) A. verkauft dem B. seine Diebeswerkzeuge, obwohl er weiß, daß B. diese demnächst zu diebischen Zwecken verwenden will. Zum Überlassen gehört notwendig die Mitwirkung einer Person, die den Gewahrsam von dem Überlassenden erwirbt. B. bleibt daher als notwendiger Teilnehmer straflos. Nach Abs. I könnte er wegen Besitzes von Diebeswerkzeug nur dann bestraft werden, wenn er entsprechend vorbestraft wäre.

3b) Wiederum fragt es sich, ob B. wegen Teilnahme am Vergehen des § 245 a Abs. II (Fall des Überlassens) wenigstens dann bestraft werden kann, wenn er den A. zur Veräußerung der Diebeswerkzeuge bestimmt hat.

Die Entscheidung der offen gelassenen Fragen (Beispiel 1b), 2b) und 3b) hängt jeweils davon ab, welchen Standpunkt man in der Frage der notwendigen Teilnahme einnimmt.

Nach Ansicht von Freudenthal, Frank und vielen anderen Schriftstellern, könnte in allen angeführten Beispielen der notwendige Teilnehmer nicht bestraft werden. Nach der Ansicht des Reichsgerichts wäre im Falle 1b) K. wegen Anstiftung zum Verwahrenlassen gemäß § 48 in Verbindung mit § 245 a Abs. I, im Falle 2b) A. wegen Anstiftung zur Inverwahrungnahme gemäß § 48 in Verbindung mit § 245 a Abs. II (erste Alternative) und im Falle 3b) B. wegen Anstiftung zur Überlassung gemäß § 48 in Verbindung mit § 245 a Abs. II (zweite Alternative) zu bestrafen.

Wir müssen also zu dem Problem der notwendigen Teilnahme Stellung nehmen. Wir bekennen uns hierbei zu der namentlich in der Rechtsprechung vertretenen Ansicht, daß der notwendige Teilnehmer, der den Rahmen, der vom Gesetz als notwendig vorausgesetzten Teilnahmetätigkeit überschreitet und mehr tut, als zur notwendigen Teilnahme erforderlich ist, als Anstifter

oder Gehilfe bestraft werden kann, (nämlich dann, wenn „das mehr" die Voraussetzungen des § 48 beziehungsweise des § 49 StGB. erfüllt).

Die Gegenansicht, die namentlich von Freudenthal,[103]) Frank[104]) und Höpfner[105]) vertreten wird, beruht auf einem Schluß a majori ad minus.

So führt Freudenthal[106]) aus, die Tatbestandshandlung eines Deliktes stelle die Verletzung, die Teilnahmehandlung dagegen nur eine Gefährdung dar. Sei nun nicht einmal die Verletzungshandlung strafbar, so müsse umsomehr die bloße Gefährdungshandlung straflos bleiben.

Frank sieht in der Täterschaft das Setzen einer Ursache, in der Teilnahme das Setzen einer bloßen Bedingung[107]) und zieht sodann bei der Erörterung der notwendigen Teilnahme[108]) den Schluß: aus der Straflosigkeit des Setzens einer Ursache ergibt sich die Straflosigkeit des Setzens einer bloßen Bedingung.

Es fragt sich, ob der von Frank und Freudenthal gezogene Schluß — auf ihm beruht die in der Wissenschaft herrschende Lehre —, so logisch er zu sein scheint, wissenschaftlicher Kritik standhalten kann. Wie wir bereits sagten, stellt der Schluß ein argumentum a majori ad minus dar. Die Teilnahme wird in logischer Hinsicht als ein Weniger gegenüber der Täterschaft angesehen. Nur wenn sich Täterschaft und Teilnahme wie plus zu minus verhalten, ist der Frank-Freudenthal'sche Schluß zwingend; nur dann kann man meines Erachtens mit Fug sagen, daß bei Straflosigkeit der Mittäterhandlung des notwendig Beteiligten erst recht Straflosigkeit für die Vornahme einer Teilnahmehandlung besteht. Die Frage, ob die Teilnahme sich gegenüber der Täterschaft logisch als ein Minus darstellt, ist aber zu verneinen; denn Täter und Teilnehmer tragen zum Erfolg gleichviel bei. Die Bedingung, die der Teilnehmer zum Erfolge setzt,

---

[103]) a. a. O.
[104]) Lehrbuch a. a. O.
[105]) in ZStW. 26, S. 579 ff.
[106]) a. a. O. S. 110.
[107]) vgl. hierzu Frank, S. 110 ff.
[108]) Frank, a. a. O. S. 111.

ist ebenso notwendig wie die des Täters. Das ist es, was die Äquivalenztheorie besagt, die heute allgemein als richtig anerkannt wird. Indem das Gesetz die Beihilfe milder bestraft, bewertet es allerdings die von Gehilfen und Täter gesetzten Bedingungen nicht gleich. Die Verschiedenheit der Bewertung sagt jedoch nichts über die logische Beziehung von Täterschaft und Teilnahme aus; das heißt, es darf daraus, daß das Gesetz die Beihilfe geringer bewertet, nicht etwa geschlossen werden, daß die Beihilfe auch logisch gegenüber der Mittäterschaft das Geringere sei.[109])

Der Frank-Freudenthal'sche Schluß steht und fällt aber mit seiner Voraussetzung, nämlich der, daß Täterschaft und Teilnahme sich logisch zueinander wie plus und minus verhalten. Er erweist sich als unhaltbar, wenn diese Voraussetzung, wie wir gezeigt haben, falsch ist.

Demgegenüber hat die Lösung des Reichsgerichts den Vorzug, daß sie verallgemeinernde Schlüsse vermeidet. Sie hält sich frei von formaler Betrachtungsweise und wird dem Zwecke des Gesetzes eher gerecht. Die Gegenmeinung berücksichtigt allzusehr die zumeist nicht begründeten Interessen des Teilnehmers.

Verfehlt allerdings wäre es, wollte man die Anstiftungshandlung des Beteiligten schon deshalb immer für strafwürdig halten, weil er den anderen zur Begehung eines Delikts verführe, oder wie Beling[110]) sagt, weil er gegen die Norm verstoße: „Du sollst andere nicht in Schuld und Strafe führen", denn die Schuld, die den Anstifter als solchen trifft, ist nur eine moralische und keine rechtliche. Das geltende Recht straft ihn nicht wegen seiner gegen den Täter gerichteten Handlung, sondern wegen seiner Beteiligung an dem von dem Täter ausgeführten Verbrechen.[111])

Die Verbotsnormen des § 245 a richten sich grundsätzlich gegen jede Teilnahme an den unter Strafe gestellten Handlungen, wie sie die Anstiftung und Beihilfe hierzu darstellen. Die be-

---

[109]) vgl. hierzu Blesse, a. a. O. S. 13/14.

[110]) ZStW. 18, 72.

[111]) so insbesondere in diesem Zusammenhang: Herzog, S. 88. Dalke, S. 50. Freudenthal, S. 105 ff. v. Bar, S. 725. Köhler, S. 507. Gerland, S. 143. vgl. auch Beling in seinen Grundzügen, S. 84 und R. Schmidt, S. 143.

grifflich notwendige Mitwirkung des notwendigen Beteiligten ist aber keine solche Teilnahmehandlung (Anstiftung, Beihilfe), da sie einen notwendigen Teil der Ausführungshandlung enthält. Die Straflosigkeit dessen, der zum Beispiel einen Dieb dazu anstiftet, daß er ihm seine Diebeswerkzeuge überlasse, kann daher nicht anders begründet werden, als daß man in der Anstiftung eine geringere Mitwirkung sieht, als in der begrifflich notwendigen Beteiligung (das heißt in unserem Beispiele, in dem sich „Überlassen"). Letzeres trifft aber keineswegs zu.

E. Die Nebenfolge der Einziehung.

Nach § 245a Abs. III ist das Diebeswerkzeug einzuziehen, auch wenn es dem Täter nicht gehört.

Daraus, daß die Einziehung des Diebeswerkzeuges bindend vorgeschrieben ist, ohne Rücksicht darauf, wem das Diebeswerkzeug gehört, ergibt sich, daß die Einziehung keine Strafe (Nebenstrafe) ist, sondern jedenfalls in der Hauptsache und ihrer wesentlichen Bedeutung nach sich als polizeiliche Maßregel darstellt;[112]) denn die Einziehung trifft nicht den Täter als solchen; sie richtet sich vielmehr gegen die Sache wegen ihrer Beziehung zur Straftat und demgemäß gegen jeden, dem die Sache zu Eigentum gehört oder dem andere Rechte daran zustehen — also nicht etwa nur gegen die in strafbarer Weise an der strafbaren Handlung beteiligten Personen.[113])

Die Frage nach der rechtlichen Natur der Einziehung ist nicht nur theoretisch von Bedeutung. Sie ist vor allem erheblich bei der Anwendung des § 73 StGB. Hätte die Einziehung Strafcharakter, so könnte darauf nicht erkannt werden, wenn das strengere Gesetz eine Einziehung nicht vorsieht. Stellt sich dagegen die Einziehung, wie hier, als polizeiliche Maßregel dar, so kann diese auch dann verhängt werden, wenn eine Einziehung nur nach den milderen Gesetzen zulässig und geboten ist.

---

[112]) RG. 46, 131, 50, 389, 59, 13, Leipz. Komm. Nachtr. § 40, S. 284, oben. v. Olshausen, Nachtr. zu § 245a N. 14. L. Schäfer, N. 53.
[113]) RG. 50, 386.

Die Frage, ob es sich bei der Einziehung um eine Strafe oder um eine polizeiliche Maßregel handelt, ist weiterhin bei der Amnestie und Begnadigung von Bedeutung, denn in beiden Fällen werden nur Strafen erlassen.[114])

Voraussetzung der Einziehung ist, daß eine Verurteilung aus § 245 a erfolgt und die strafbare Handlung sich auf das Diebeswerkzeug bezieht, dessen Einziehung in Frage steht. Liegen diese Voraussetzungen vor, so *muß* im Urteil (oder Strafbefehl, vgl. § 407 Abs. II StPO.) auf Einziehung erkannt werden (§ 40 Abs. II StGB.).

Da § 245 a keine dem § 295 Abs. II entsprechende Bestimmung enthält (danach kann von der Einziehung abgesehen werden, wenn die Sache ohne Schuld des Eigentümers zur Tat benutzt worden ist, oder die Einziehung eine unbillige Härte für den Betroffenen bedeuten würde), so muß auf Einziehung selbst dann erkannt werden, wenn der Täter das Werkzeug einem ehrsamen Handwerker gestohlen hatte. So ungerecht die Einziehung in solchen Fällen auch ist, so läßt sich doch bei der bestehenden Gesetzeslage ein anderes, gerechteres Ergebnis nicht erzielen.

Abzulehnen ist insbesondere die von *Meisch*[115]) vertretene Ansicht, daß *in entsprechender Anwendung des* § 295 Abs. II StGB. die Einziehung von Diebeswerkzeugen dann unterbleiben könne, wenn das Werkzeug ohne Schuld des Eigentümers in den Besitz oder Gewahrsam des Täters gelangt ist, oder wenn die Einziehung für den Betroffenen unbillig erscheinen würde. Allerdings trifft der Grundgedanke des § 295 Abs. II StGB. auch in unserem Falle zu: Sowohl in § 295 als auch in § 245 a handelt es sich bei der Einziehung, jedenfalls in der Hauptsache, um eine Sicherungsmaßnahme. Steht der Täter mit dem Eigentümer nicht in Verbindung, so ist in beiden Fällen der Sicherungszweck schon erreicht, wenn die Werkzeuge sich nicht mehr in der Hand des Täters befinden, und sie dem rechtmäßigen

[114]) vgl. RG. 53, 125, 309; 55, 12.
[115]) a. a. O. S. 33 ff.

Eigentümer, nach § 111 StPO., wieder zurückgegeben werden; dennoch halte ich eine entsprechende Anwendung des § 295 Abs. II nicht für zulässig; denn es ist nicht anzunehmen, daß der Gesetzgeber des § 245 a an die Fälle, in denen die Sache ohne Schuld des Eigentümers zur Tat benutzt worden ist, oder die Einziehung aus anderen Gründen eine unbillige Härte bedeuten würde, nicht gedacht haben sollte. Es kann daher daraus, daß eine dem § 295 Abs. II entsprechende Milderungsbestimmung in § 245 a nicht vorgesehen ist, keineswegs auf das Vorhandensein einer „unbewußten Lücke" geschlossen werden. Es muß vielmehr angenommen werden, daß der Gesetzgeber mit Vorbedacht[116]) eine Milderungsbestimmung wie im § 295 Abs. II nicht getroffen hat, daß also unter allen Umständen jedes Diebeswerkzeug eingezogen werden soll. Dafür spricht auch, daß § 295 Abs. II erst später[117]) (28. VI. 1935) in das Gesetz eingefügt wurde (das heißt also, auch zu einem späteren Zeitpunkt als § 245 a, eingefügt durch das Gesetz vom 24. 11. 33 Art. 1, N. 2, erlassen wurde). Der Gesetzgeber hätte bei der Einführung des § 295 sicherlich auch gleich die Gelegenheit wahrgenommen, eine dementsprechende Vorschrift dem § 245 a beizufügen. Da er dies nicht getan hat, muß angenommen werden, daß es bei der in § 245 a Abs. III getroffenen Regelung bleiben sollte. Davon, daß der Gesetzgeber bei der Neufassung der §§ 295 und 296 etwa garnicht an § 245 a gedacht haben sollte, kann schon deshalb nicht die Rede sein, weil § 296 dem § 245 a nachgebildet worden ist.

Es bleibt somit bei dem Ergebnis, daß das Diebeswerkzeug auch dann einzuziehen ist,[118]) wenn der Täter es dem Eigentümer gestohlen hatte. Mit der Rechtskraft der die Einziehung aussprechenden Entscheidung gehen die eingezogenen Gegenstände in das Eigentum des Reiches (Justizfiskus) über (Strafvoll-

[116]) zumal es sich hierbei um eine allgemein bekannte und im Schrifttum viel erörterte Frage handelt.

[117]) 2. Gesetz zur Änderung des StGB. v. 28. 6. 1935, Art. 10 §§ 292—296.

[118]) Die Anwendung des § 245 a Abs. III wird nicht etwa durch § 111 StPO. ausgeschlossen. vgl. hierzu RG. 46, 137 (betr. das Verhältnis des § 295 zu § 111 StPO.).

streckungsverordnung § 47 I)[119]). Der Staat kann also jetzt über das eingezogene Werkzeug verfügen; insbesondere ist er nicht gehindert, es dem unschuldigen Dritten zurückzugeben,[120]) wenn die polizeilichen Gründe, die zur Einziehung führten, einer solchen Rückgabe nicht entgegenstehen. Darauf, daß der Staat den eingezogenen Gegenstand in einer solchen, Recht und Billigkeit entsprechenden Weise verwendet, hat freilich der ehemalige Eigentümer keinen Rechtsanspruch, den er gerichtlich durchsetzen könnte. Immerhin darf man wohl annehmen, daß der Staat nach Prüfung der Rechtslage das eingezogene Werkzeug dem unschuldigen Dritten, vor allem dem Bestohlenen, der mit dem Täter in keiner Beziehung gestanden hat und steht, freiwillig herausgibt und ihm so das Eigentum an dem Werkzeug wieder verschafft.

Die Frage, ob die Einfügung einer Milderungsbestimmung, wie in § 295, Abs. II, de lege ferenda zu empfehlen ist, wird im rechtspolitischen Teil der Arbeit gesondert erörtert werden.

---

[119]) Allg. Verfg. d. Reichsministers der Justiz, 7. 12. 1935, 4. 2. 1937 (DJ. 1800, 220).

[120]) vgl. Kohler, Arch. f. Str. R. Bd. 60, 405.

Schluß.

1. Kritische Würdigung des § 245a.

Nachdem wir bisher die Vorschrift des § 245a de lege lata betrachtet haben, soll nunmehr die in § 245a getroffene Regelung einer kritischen Würdigung unterzogen werden.

Was zunächst den § 245a Abs. I betrifft, so gibt vor allem die gesetzliche Formulierung Anlaß zur Beanstandung, denn sie bringt nicht genügend klar zum Ausdruck, daß die Beweisregel des Abs. I nur den äußeren Tatbestand betrifft, daß also die Zweckbestimmtheit des Werkzeuges vom Vorsatz mitumfaßt sein muß.[121])

Abgesehen von der Fassung erweckt aber auch der Gesetzesinhalt Bedenken, namentlich dann, wenn man den Bedingungssatz: „..., sofern sich nicht aus den Umständen ergibt, daß das Werkzeug nicht zur Verwendung bei strafbaren Handlungen bestimmt ist" mit dem Reichsgericht und L. Schäfer dahingehend auslegt, daß es sich hierbei um eine objektive Bedingung der Strafbarkeit handelt, die außerhalb der strafrechtlichen Schuld liegt.

Es geht meines Erachtens nicht an, den Täter dann zu verurteilen, wenn seine Schuld zweifelhaft geblieben ist. Allerdings muß das Gericht immer von Amts wegen prüfen, ob nicht den Umständen nach anzunehmen ist, daß das Werkzeug zu harmlosen Zwecken bestimmt war. Diese Feststellung wird es jedoch bei einem „wegen schweren Diebstahls, Diebstahls im Rückfall,

[121]) vgl. hierzu die Ausführungen auf S. 14 ff.

Raubes, gewerbs- oder gewohnheitsmäßiger Hehlerei oder Hehlerei im Rückfall" Vorbestraften wohl in den seltensten Fällen treffen können, sodaß der entsprechend dem § 245 a Abs. I wegen Eigentumsverbrechens Vorbestrafte, wenn er Handwerkszeug besitzt, praktisch immer in Gefahr ist, wegen eines Vergehens gegen den § 245 a angeklagt und verurteilt zu werden. Bedenkt man, daß wir jahrzehntelang ohne den § 245 a ausgekommen sind, und die meisten Staaten heute noch ohne eine dem § 245 a entsprechende Vorschrift auskommen, so haben wir es meines Erachtens nicht nötig, Strafvorschriften zu schaffen, die, wie der § 245 a eine Schuldfeststellung in dubio contra reum ermöglichen; das heißt: eine Verurteilung des Täters bei bestehen gebliebenem Zweifel an seiner Schuld.

So sehr wir grundsätzlich für die Beibehaltung des § 245 a Abs. I auch sind, so können wir nicht umhin, eine Fassung zu fordern, die eine Bestrafung Unschuldiger nach Möglichkeit ausschließt. Die Fassung des Gesetzes wäre demnach dahingehend zu ändern, daß der zweifelhafte Bedingungssatz: „..., sofern sich nicht aus den Umständen ergibt, ..." gestrichen wird.

Was den Abs. II des § 245 a betrifft, so ist vor allem zu bemängeln, daß der nicht strafbar ist, der Diebeswerkzeug für sich in Gewahrsam hat, selbst wenn er nachweisbar beabsichtigt hat, sie zu diebischen Zwecken zu verwenden. Diese Lücke des Gesetzes bedarf meines Erachtens der Ausfüllung. Es ist nicht einzusehen, weshalb der, der für sich Diebeswerkzeug besitzt, nicht ebenso strafwürdig sein soll, wie der, der Diebeswerkzeuge „für einen anderen in Verwahrung nimmt".

Weiterhin weckt die im § 245 a Abs. II enthaltene Vorsatzvermutung schwerste Bedenken, zumal in den Täterkreis dieser Vorschrift auch Nichtvorbestrafte fallen. Dieses Bedenken äussert auch Kohlrausch bei Gürtner[122]) und berichtet, daß „die auf die Zweckbestimmtheit gerichtete Dolusprāsumtion beseitigt werden soll", das heißt, daß der Täter des § 245 a Abs. II nur strafbar sein soll, wenn er „weiß oder damit rechnet, daß das Werk-

[122]) „Das kommende deutsche Strafrecht." Bes. Teil, 2. Aufl. Berlin 1936, S. 845 IV.

zeug zur Verwendung bei einem Diebstahl oder Raub bestimmt ist". Im übrigen hebt auch er die Lücke hervor, die für nicht einschlägig Vorbestrafte bleibt, „die nachweislich Diebeswerkzeuge zu eigenem Gebrauch im eigenen Besitz haben oder von einem anderen für sich verwahren lassen."

Auch den Absatz III des § 245a halten wir für mißglückt. Daß „das Diebeswerkzeug einzuziehen ist, auch wenn es dem Täter nicht gehört", stellt eine ganz unangebrachte und wohl in den meisten Fällen auch überflüssige Härte für den unbeteiligten Eigentümer dar. Es ist nicht einzusehen, weshalb der unschuldige Eigentümer entschädigungslos enteignet werden soll. Die Einziehung von Diebeswerkzeugen hat doch nur insoweit Sinn, als sie dadurch aus der Hand des Täters oder Teilnehmers genommen werden!

Stiehlt mir jemand eine Jagdflinte und bringt später damit jemanden um, so kann gemäß § 40 die Flinte nicht eingezogen werden. Hat aber der Betreffende sich meine Jagdflinte genommen, um sich ihrer bei einem Raub zu bedienen, so muß, wenn der Täter nach § 245a rechtskräftig verurteilt wird, die Flinte eingezogen werden. Es will mir nicht einleuchten, weshalb die Jagdflinte als Mordwaffe dem Eigentümer verbleibt, als Diebeswerkzeug dagegen dem Eigentümer vom Staate entschädigungslos entzogen wird.

Gesetzesvorschlag

Abschließend schlagen wir folgende Neufassung des § 245 a vor:

Absatz I:

Wer Diebeswerkzeug in Gewahrsam hat oder von einem anderen für sich verwahren läßt, oder es einem anderen überläßt, obwohl er weiß oder damit rechnet, daß das Werkzeug zur Verwendung bei Diebstahl oder Raub bestimmt ist, wird, sofern die Tat nicht nach anderen Vorschriften mit schwererer Strafe bedroht ist, mit Gefängnis[123]) bestraft.

Absatz II:

Ist der Täter wegen schweren Diebstahls, Diebstahls im Rückfall, Raubes, gewerbs- oder gewohnheitsmäßiger Hehlerei oder Hehlerei im Rückfall (§§ 243 bis 245, 249 bis 252, 260, 261) rechtskräftig verurteilt, so wird er mit Gefängnis nicht unter drei Monaten bestraft.

Absatz III:

Das Diebeswerkzeug ist, sofern es dem Täter oder einem Teilnehmer gehört, einzuziehen.

---

[123]) Die de lege lata vorgeschriebene Mindeststrafe von drei Monaten ist m. E. nicht erforderlich, da sehr wohl Fälle denkbar sind, bei denen eine geringere Strafe, selbst bei entsprechend § 425 a Vorbestraften, angebracht wäre.

Absatz IV.[124])

In den Fällen des Abs. I kommt eine frühere Verurteilung nicht in Betracht, wenn zwischen dem Eintritt ihrer Rechtskraft und der Tat des Abs. I mehr als fünf Jahre verstrichen sind. In die Frist wird die Zeit nicht eingerechnet, in der der Täter eine Freiheitsstrafe verbüßt oder auf behördliche Anordnung in einer Anstalt verwahrt wird. Eine ausländische Verurteilung steht einer inländischen gleich, wenn die geahndete Tat nach deutschem Recht ein Verbrechen der im Abs. I genannten Art wäre.

---

[124]) bleibt wie bisher und ist hier nur der Vollständigkeit halber wiedergegeben.

Lebenslauf.

Am 16. Mai 1912 wurde ich als Sohn des Schriftleiters Karl Ollmert und seiner Ehefrau Gertrud, geb. Daum in Saarbrücken geboren.

Ich besuchte die dortige Volksschule, die Aufbau- und die Oberrealschule in Frankfurt a. M. und die Private Oberrealschule Illertissen (Allgäu).

Ostern 1932 bestand ich als Externer die Reifeprüfung der Oberrealschule Augsburg.

Im Sommersemester 1932 immatrikulierte ich mich als Student der Rechts- und Staatswissenschaften der Universität Frankfurt a. M. Am 9. August 1937 bestand ich vor dem Justizprüfungsamt bei dem Oberlandesgericht in Frankfurt a. M. die erste juristische Staatsprüfung.

Anschließend widmete ich mich dem Studium der Wirtschafts- und Sozialwissenschaften an der Johann-Wolfgang-Goethe-Universität.

Druck: Carl Nieft, Spezialwerkstätten für wissenschaftliche Arbeiten, Bleicherode a. H.